نظرية التفريق القضائي بين الزوجين

(دراسة تأصيلية ومقارنة)

إعداد

أشرف يحيى رشيد العمري

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعـــة الأردنــــــية

آب ٢٠٠٥ م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة (نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية ومقارنة))
وأجيزت بتاريخ ٢٠/٧/٢٠٠٥ م .

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيـــــــــــــع
الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي أستاذ الفقه المقارن في الجامعة الأردنية/ مشرفا ورئيسا	....
الأستاذ الدكتور عبدالله إبراهيم زيد الكيلاني أستاذ الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية /عضوا	....
الدكتـــــــــــــــور محمد خالد منصور الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية /عضوا	....
الدكتـــــــور كايـــــــــد قرعــــــــــوش /عضوا الأستاذ المشارك في فقه السياسة الشرعية عميد كلية الآداب في جامعة العلوم التطبيقية	....

الإهداء

إلى جدي رحمـــــــــــــــــــه الله

إلى والدي العزيزين حفظهما الله ورعاهما

إلى زوجتي الغالـــــــــــــــــــية

إلى العاملين على تحقيق العــــــــــدل

إلى طلبـــــــــــــــــــة العلـــم

أهدي دراستي هذه

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي على ما أمدني من واسع خبرته ، وما أولاني من اهتمام طيلة فترة عملي في إنجاز هذا البحث ، سائلاً الله عز وجل أن يثيبه خير الجزاء وأن يجعل ذلك في ميزان حسناته.

كما لا يسعني إلا وأن أتقدم بالعرفان والجميل لكل من الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة ، على تفضلهم بمناقشة هذا البحث .

والشكر موصول إلى من أولاني الرعاية إلى أن وصلت إلى هذه المرحلة، والدي الكريمين ، ثم إلى رفيقتي في الدرب من أعانتني على إتمام هذا العمل .

فهرست الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
قرار لجنة المناقشة	ب
الإهداء	ج
شكر وتقدير	د
فهرست الموضوعات	هـ
الملخص باللغة العربية	ي
المقدمة	١
مشكلة البحث	٢
محددات الدراسة	٣
منهج البحث	٤
أهمية ومبررات اختيار الموضوع	٤
خطة البحث	٥
الفصل الأول: مفهوم التفريق القضائي ومشروعيته	٩
المبحث الأول : مفهوم التفريق القضائي وموضوعه	١٠
المطلب الأول : مفهوم التفريق القضائي	١٠
المطلب الثاني : موضوع الفرقة	١٣
المبحث الثاني : التكييف الفقهي للتفريق القضائي ومشروعيته	١٦
المطلب الأول : صاحب الحق في الفرقة بين الزوجين	١٧
المطلب الثاني : السلطة الممنوحة للزوج في استخدام حق الطلاق	١٩
المطلب الثالث : هل ينحصر حق الفرقة بالزوج باعتباره صاحب الحق الأصيل؟	٢١
المطلب الرابع : مشروعية التفريق القضائي	٢٨
المشروعية حال طلب الزوج	٢٩
المشروعية حال طلب الزوجة	٣٠
المشروعية حال طلب الولي	٣٣
المشروعية حال طلب الادعاء العام	٣٣
المبحث الثالث : العلاقة بين تطليق الزوج وتفريق القاضي	٣٦

المبحث الرابع : أسباب طلب التدخل القضائي	٣٩
المطلب الأول : أسباب لجوء الزوج الى التفريق القضائي	٣٩
المطلب الثاني : أسباب لجوء الزوجة الى التفريق القضائي	٤١
المطلب الثالث : أسباب لجوء الولي الى التفريق القضائي	٤٢
المبحث الخامس : مقومات النظرية	٤٢
الفصل الثاني : جهة طلب التفريق	٤٤
المبحث الأول : طلب التفريق من قبل الزوج	٤٥
المطلب الأول : مناهج الفقهاء في الحالات التي يبني عليها الزوج طلبه	٤٥
الفرع الأول : منهج الفقه الحنفي	٤٥
الفرع الثاني : منهج الفقه المالكي	٤٨
الفرع الثالث : منهج الفقه الشافعي	٥٠
الفرع الرابع : منهج الفقه الحنبلي	٥١
الفرع الخامس : منهج الفقه الزيدي	٥٢
المطلب الثاني : مواطن الاتفاق والاختلاف	٥٣
المطلب الثالث : تحديد مجالات الاجتهاد في الحالات	٥٤
المطلب الرابع :اختيارات قوانين الأحوال الشخصية	٥٧
المطلب الخامس : الرأي المختار ومنهج الاختيار	٥٩
المبحث الثاني : طلب التفريق من قبل الزوجة	٦٢
المطلب الأول : مناهج الفقهاء في الحالات	٦٢
الفرع الأول : منهج الفقه الحنفي	٦٣
الفرع الثاني : منهج الفقه المالكي	٦٦
الفرع الثالث : منهج الفقه الشافعي	٦٩
الفرع الرابع : منهج الفقه الحنبلي	٧٢
الفرع الخامس : منهج الفقه الظاهري	٧٤
الفرع السادس : منهج الفقه الزيدي	٧٦
المطلب الثاني : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء	٧٧
المطلب الثالث : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية	٨٠
المطلب الرابع : الرأي المختار	٨٤
المبحث الثالث : طلب التفريق من قبل الولي	٨٧
المطلب الأول : مناهج الفقهاء في اشتراط الولي في العقد	٨٧
المطلب الثاني : حق الولي في طلب التفريق	٨٩
المطلب الثالث : الحالات التي يبني عليها الولي طلب التفريق	٩١

المطلب الرابع : تحديد مجالات الاجتهاد في الحالات	٩٣
المطلب الخامس : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية	٩٦
المطلب السادس : الرأي المختار	٩٧
المبحث الرابع : طلب التفريق من قبل الادعاء العام	٩٧
المطلب الأول : تعريف بالمدعي العام وشروطه	٩٧
المطلب الثاني : الحالات التي يبني عليها المدعي العام طلب التفريق	١٠٥
الفرع الأول : منهج الفقه الحنفي في الأنكحة الفاسدة	١٠٦
الفرع الثاني : منهج الفقه المالكي في الأنكحة الفاسدة	١١١
الفرع الثالث : منهج الفقه الشافعي في الأنكحة الفاسدة	١١٦
الفرع الرابع : منهج الفقه الحنبلي في الأنكحة الفاسدة	١١٨
الفرع الخامس : منهج الفقه الظاهري في الأنكحة الفاسدة	١٢٠
الفرع السادس : منهج الفقه الزيدي في الأنكحة الفاسدة	١٢٢
المطلب الثالث : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية في تدخل المدعي العام	١٢٣
المطلب الرابع : الرأي المختار	١٣٠
الفصل الثالث : جهة إصدار الحكم	١٣٧
المبحث الأول : القاضي	١٣٨
المطلب الأول : تعريف القاضي وشروطه	١٣٨
المطلب الثاني : شرط الاسلام في القاضي	١٤٠
الفرع الأول : الحلول الافتراضية حال عدم وجود القضاء الاسلامي	١٤١
الفرع الثاني : قرار التفريق من القاضي غير المسلم	١٤٥
المبحث الثاني : التحكيم	١٥١
المطلب الأول : تعريف التحكيم وطريقة تعيين مرجعه	١٥١
الفرع الأول : تعريف التحكيم	١٥١
الفرع الثاني : طريقة تعيين المحكم	١٥٢
المطلب الثاني : مجال التحكيم في مسائل التفريق	١٥٣
المطلب الثالث : علاقة التحكيم بالقضاء	١٥٥
الفصل الرابع : الحكم الصادر بالتفريق	١٦٠
المبحث الأول : ماهية الحكم الصادر بالتفريق	١٦١
المطلب الأول : أنواع الفرقة	١٦٢
المطلب الثاني : مناهج الفقهاء في الحالات في اختيار نوع الفرقة	١٦٥
الأول : منهج الفقه الحنفي في الأنكحة الفاسدة	١٦٥
الثاني : منهج الفقه المالكي في الأنكحة الفاسدة	١٦٨

الثالث : منهج الفقه الشافعي في الأنكحة الفاسدة	١٧٢
الرابع : منهج الفقه الحنبلي في الأنكحة الفاسدة	١٧٣
المطلب الثالث : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية	١٧٤
المبحث الثاني : الآثار المترتبة على اختلاف ماهية الحكم	١٨٠
المطلب الأول : حق الرجعة	١٨١
المطلب الثاني : احتساب عدد الطلقات	١٨٥
المبحث الثالث : مقتضى الحكم بالتفريق وموجبه	١٨٨
المطلب الأول : تعريف بالمقتضى والموجب والفرق بينهما	١٨٨
المطلب الثاني : مقتضى الحكم بالتفريق	١٩١
المطلب الثالث : موجب الحكم بالتفريق	١٩٢
الفصل الخامس : الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق	١٩٣
المبحث الأول : المهر	١٩٤
المطلب الأول : مناهج الفقهاء في ما يجب للمرأة من مهر بالفرقة	١٩٤
المطلب الثاني : المهر وفق قوانين الأحوال الشخصية	١٩٩
المطلب الثالث : تحرير الأقوال والاختيار فيها	٢٠١
المبحث الثاني : سريان الحكم ظاهرا وباطنا	٢٠٤
المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في سريان الحكم ظاهرا وباطنا	٢٠٤
المطلب الثاني : سريان الحكم وفق القانون	٢١٠
المبحث الثالث : العود بين الزوجين بعقد جديد	٢١١
المطلب الأول : معنى العود	٢١١
المطلب الثاني : الحالات التي لا يجوز فيها العود	٢١١
المطلب الثالث : الحالات التي يجوز فيها العود	٢١٤
المطلب الرابع : أحكام طلب التفريق بعد العود	٢١٧
المبحث الرابع : العدة	٢٢٠
المطلب الأول : المرأة التي تلزمها العدة	٢٢٠
المطلب الثاني : أثر اختلاف نوع الفرقة على العدة	٢٢٢
المطلب الثالث : وقت ابتداء العدة	٢٢٤
المبحث الخامس : متعة الطلاق	٢٢٦
الرأي المختار في المتعة	٢٣١
الفصل السادس : الأصول الشكلية للتقاضي في دعوى التفريق	٢٣٣
المبحث الأول : المراحل التي تمر بها دعوى التفريق	٢٣٥
المطلب الأول : مراحل الدعوى	٢٣٥

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق	٢٣٧
المطلب الثالث : إجراءات خاصة في دعوى التفريق	٢٤١
المطلب الرابع : وسائل الاثبات المعتمدة لحالات التفريق	٢٤٣
المبحث الثاني : تعدد درجات التقاضي وطريقة إصدار الحكم واثره على الفرقة	٢٤٦
المبحث الثالث : أثر وفاة طرفي الدعوى أو أحدهما عليها	٢٥٠
المطلب الأول : الخصومة في الدعوى واستمراريتها	٢٥٠
المطلب الثاني : العدة والحقوق المالية	٢٥٢
الخاتمة	٢٥٣
النتائج	٢٥٤
التوصيات	٢٥٧
ملحق الآيات الكريمة	٢٥٩
ملحق الأحاديث النبوية	٢٦١
ملحق الآثار	٢٦٢
ملحق الرسم البياني	٢٦٣
قائمة المصادر والمراجع	٢٦٦
الملخص باللغة الإنجليزية	٢٨٨

نظرية التفريق القضائي بين الزوجين
(دراسة تأصيلية ومقارنة)

إعداد

أشرف يحيى رشيد العمري

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي

الملخص

تناولت هذه الدراسة نظرية التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الاسلامي ، وقانوني الأحوال الشخصية الأردني والمغربي ، دراسة تأصيلية ومقارنة .

ولقد نحت هذه الدراسة منحى التأليف الكلي ، الذي يهدف الى تفسير الجزئيات وربطها بأصولها ، كما هدفت الدراسة الى ربط الأحكام المتعددة ، وردها الى مبادئ وقواعد محددة.

فقد تناولت الدراسة مفهوم التفريق القضائي والتكييف الفقهي له ، ومشروعيته ، وظهر من خلال البحث والتتبع أن العمل القضائي في الفرقة بين الزوجين يحمل صورتين : الأولى النيابة القضائية الحكمية عن الزوج وما ينتج عن هذه النيابة من أحكام ، والصورة الأخرى التفريق بفسخ العقد ، فسخا لا يحمل معنى النيابة ، وانما بحكم الولاية العامة للقضاء وعملا بمبدأ رفع الضرر عن المتضرر.

وخلصت الدراسة الى مجموعة من الفروق بين الفرقة القضائية و غير القضائية كما بحثت في أسباب طلبها .

ومن المواضيع الهامة في هذه الدراسة ، تحديد مناهج ومذاهب الفقهاء في الحالات التي تجيز أو توجب طلب الفرقة قضاء ، وبيان اختيارات قوانين الأحوال الشخصية من هذه الحالات .

وخلصت الدراسة الى ان هناك منهجا فقهيا اعتمد على إعمال معظم الأصول الفقهية في الاستنباط ، للوصول الى اختيار الحالات، ناظرا الى المعاني والعلل ، متوسعا في ذلك ، ومثل ذلك الفقه المالكي والحنبلي ، كما ظهر منهج آخر اقتصر في اختيار الحالات على النصوص والاجماع فقط ، دون إعمال للأدلة الأخرى في الاستنباط ، مما أدى الى محدودية الحالات التي تجيز الفرقة قضاء عن أصحاب هذا المنهج، وقد تمثل هذا بالفقهين الحنفي والظاهري .

وتطرقت الدراسة الى مسائل الادعاء العام في قضايا التفريق ، والواقع المعمول به في الأردن وخلصت الى ضرورة تنظيم عمل الادعاء العام من خلال قانون ينظم ذلك .

كما تناولت الدراسة الجهة القضائية ، وشروطها ،والقرار الصادر من القاضي غير المسلم، والاشكالات التي يتعرض لها المسلمون في الدول غير الاسلامية بخصوص مسائل التفريق ،

كما تناولت الدراسة الحكم القضائي المفرق بين الزوجين ، وآثاره ، ونوعية الفرقة المحكوم بها ، وختمت الدراسة بالاجراءات القضائية المتبعة في قضايا التفريق في المحاكم الشرعية الأردنية ، وما يتعلق بذلك من مسائل كالقانون الواجب التطبيق ، وأثر الطعن بالأحكام على الفرقة وآثارها ، واثر وفاة الفرقاء على الدعوى .

وقد خرجت الدراسة بعدة نتائج منها :

-إن طريق اختيار الحالات والأسباب التي تجيز أو توجب التفريق بين الزوجين هي طريق اجتهادي خاضع لكل وسائل الاجتهاد الأصولي المعتمدة ، وكلما كانت الأصول المعتمدة اكثر اتساعا وتنوعا كانت الحالات كذلك.

– إن اختيار التطليق على الزوج من أحد نوعي الفرقة القضائية _ الفسخ أوالتطليق على الزوج – للحكم بها بنتيجة دعوى التفريق هو توسع في النيابة الشرعية عن الغير دون إذنه ، ولا ضرورة في ذلك ، لوجود البديل عنه وهو ممارسة القاضي لسلطته العامة في إزالة الضرر بفسخ العقد دون إلزام البالغ العاقل ما لم يلتزمه من أحكام ، والقيام بما يشبه الوصاية عليه عند التطليق عليه مع رفضه ذلك .

– في ما يتعلق بالحق المالي في عقد الزواج فقد أسس الفقهاء لقاعدة ارتباط الغرم بالمتسبب بحيث ألزموا المتسبب بالفرقة بنتائج ذلك سواء في المهر أو المتعة ، وهي قاعدة عادلة يمكن وضعها في إطار عام عند التقنين وقياس الأحكام عليها .

– مجمل حالات التفريق عند الفقهاء روعي فيها اعتبار الضرر ، وأريد بالضرر هنا معناه العام المنظور له من الناحية الشرعية وقد رأيت في تلك الحالات أن الضرر وهو سبب الفرقة يمكن أن نقسمه كما يلي :

١-أضرار حكم بها الشرع أنها كذلك لمخالفتها للنظام العام الشرعي ، وهي مرتبطة بكون المرأة محلا جائزا للعقد ، فحكم الشرع بعدم الحلية يقتضي وقوع الضرر العام والخاص في استمرار وجود عقد النكاح مع هذا السبب.

٢-أضرار متعلقة بأحد أهم مقاصد النكاح وهي حل إحصان كل من الزوجين للآخر ، فإذا انهدم هذا المقصد واقعا ولم يعد بالإمكان تحقيقه روعي الضرر الناشئ عن ذلك بتجويز الفرقة ليتسنى للمتضرر إزالة الضرر عن نفسه بزواج آخر كالهجر والغياب والمرض المانع من المعاشرة والسجن .

٣-أضرار نفسية ومعنوية تتمثل بإحداث أحد الزوجين للآخر ضررا معنويا بسوء السلوك أو بالتدليس عليه بأحد الوصاف المشترطة ومخالفة الشروط المتفق عليها في العقد ، أو بوجود عيوب خلقية أو منفرة ووجود الشقاق وما يتبعه من أثر على تربية الأولاد .

٤-أضرار مادية يتسبب بها أحد الزوجين كالعنف الجسدي والضرب وما شابه ذلك .

٥-أضرار مالية وتتعلق بالزوجة لأنها صاحبة الحق المالي في عقد الزواج وما ينشأ عنه من حقوق مالية ، مثل الإعسار عن دفع المهر المعجل أو الامتناع عن النفقة .

٦-أضرار تعود آثارها إلى الأسرة الأم التي خرجت منها الزوجة قد تكون مادية أو معنوية من خلال المصاهرة كعدم الكفاءة أو وجود العيوب أو تسمية أقل من مهر المثل .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين ؛ سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد :

سبحان الله الحكيم في تقديره النكاح ، وهو الحكيم في شرعه الفراق ، والله يغني الناس بالجمع قال تعالى: ((إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ)(النور: من الآية٣٢) ، والله يغني الناس بالفراق قال تعالى: (وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلّاً مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً) (النساء:١٣٠).

فكما اقتضت حكمة الله أن يستغني كل زوج بصاحبه في النكاح ، فيكون عنوانا للسكن بينهما ، فكذلك اقتضت حكمة الله تعالى أن يستغني الصاحب عن صاحبه ، بعد أن عز معنى الصحبة بينهما ، وانقلب السكن إلى شقاق وسوء حال ، وكان الله واسعا عليما ، وكان الله واسعا حكيما ، وسع الله على خلقه بما يعلم من حالهم ، سبحانه ما أكرمه وما أحكمه ، وسع كل شيء علما ، الدين ما شرع ، وهو أحكم الحاكمين ؛ وذلك من حسن الظن به سبحانه فنفحاته مأمولة على كل حال موعود بها من لدنه[1] .

والفراق بين الزوجين يحتمل وجوها وطرقا عدة ، من خلال التصرف الأحادي للزوج، بإرادته المنفردة ، أو من خلال اتفاق إرادي بين الزوجين على الفرقة ، على نحو يرتضيانه ، أو من خلال القضاء ، وذلك في حال وجود الخصام بين الزوجين ، وعدم اصطلاحهما على حل ينهيان به علاقتهما الزوجية ، وقد اخترت لدراستي هذه النوع الثالث من أنواع التفريق وهو التفريق بواسطة القضاء بغية وضعه في إطاره الشمولي العام ، مبينا معناه والتصور الفقهي له ، ومقوماته ونتائجه وآثاره ، في محاولة لصياغة ذلك وفق قواعد تجمع شتات الموضوع ، وتؤطر له أطره ، وفق مناهج الفقهاء المختلفة ، مع عرض لنماذج من القوانين المعمول بها في هذا الجانب ، مختتما البحث ببعض القضايا الإجرائية الخاصة بذلك .

وقد رأيت أن أعنون لموضوع الرسالة بمصطلح النظرية ، فالنظرية بحسب مجموع التعريفات لها ، تشير إلى أنها تصور منهجي منظم ومتناسق تابع في مجموع صورته إلى واقعات عديدة ، يجهلها عامة الناس ، كما أنها تركيب عقلي واسع، يهدف إلى تفسير عدد كبير من الفرعيات [2] ، و عرفها آخرون بأنها مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط و أحكام عامة ،

---

[1] ـ القرطبي ، أحكام القرآن : ج٥ ص ٤٠٨ وج١٢ ص٢٤٢ .
[2] ـ مراد وهبه ، المعجم الفلسفي : ص ٦٩٩ ، جميل صليبا ، المعجم الفلسفي : ج٢ ص ٤٧٧ .

يتصل بموضوع عام معين، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم ، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه [١] .

وانطلاقا من هذا الفهم لمعنى النظرية فقد قررت اختيارها كمقدمة للعنوان ، دلالة على المقصد الذي أريد من هذه الدراسة ، لأن موضوعات التفريق بين الزوجين قد كثرت بها المؤلفات ، وامتلأت بها المكتبات ، لكنها دراسات تفصيلية تعنى بالفروع ، والخلاف في الفروع ، و تنحى منحى التأليف الجزئي الموضوعي لكل نوع من أنواع الفرقة ، وقد رأيت جمعا لشتات تلك الموضوعات ، وتأصيلا لمبدأ الخلاف فيها ، وتقعيدا لجزئياتها ، وربطا للجزء بالكل ، أن أختار هذا العنوان حتى لا يوهم عدم ذكره إلى تكرار ما كتبه غيري في هذا الشأن من شؤون الأسرة المسلمة والمجتمع المسلم .

وأريد من خلال هذه الدراسة أن يصل المختصون والباحثون في هذا النوع من الأحكام إلى ملخص عام لكل مذهب من مذاهب الفقهاء لمعرفة منهجه ضمن قواعد عامة لذلك ما أمكن، وصولا إلى النظرة الشمولية للمذهب وبهذا يتشكل (خارطة) للاستهداء بها عند التقنين .

أولاً : مشكلة البحث

تهدف الدراسة إلى إيجاد فقه تأصيلي لموضوع مهم من مسائل الأحوال الشخصية ، تجتمع فيه الجوانب الفقهية والقضائية ، وهو فقه مسائل التفريق القضائي بين الزوجين ، حيث تتعدد الأسباب والمبررات للتفريق وحل عقدة النكاح ، في محاولة لضبطها وفق مناهج الفقهاء، في إطار شمولي يستند إلى بيان المفاهيم والمقومات ، ومجالات الاجتهاد والتوقيف في المسالة ؛ مع ضرورة ربط كل ذلك بالواقع ؛ بحيث تراعى الجوانب التطبيقية المعاصرة للمفاهيم الفقهية السابقة،ثم الإجابة على التساؤلات التالية :

١-ما التكييف الفقهي للتفريق القضائي ؟.

٢-من الجهات التي تملك طلب التفريق وفي أي الحالات تستطيع ذلك ؟ .

٣-ما الضابط في اختلاف الفقهاء في حالات التفريق ؟ .

٤-ما الضابط الفقهي في تحديد نوع الفرقة ؟ .

٥-ما أهم الآثار المترتبة على الحكم بالفرقة ؟ .

---

[١]- الدريني ، النظريات الفقهية : ص ١٤٠ .

ثانياً : محددات الدراسة والطبيعة الإجمالية للموضوع.

١–هذه الدراسة ستكون وفق منهج وفلسفة النظريات من حيث التقسيم والطرح والتأصيل؛ وتتعلق بأحد أقسام فرق النكاح ، وهو ما كان نتيجة لعملية قضائية ، تصدر وفق أحكامها ، إضافة إلى أنه لن يتم الخوض في التفصيلات الفقهية الفرعية لمفردات كل نوع من أنواع الفرق؛ فهذا قد كفينا بحثه ، فسيكون سبيله الإيجاز المهم ، وبما يخدم الهدف التأصيلي ، ثم الإحالة فيه إلى المظان.

٢–الجانب التطبيقي القضائي فسيتحدد بما له علاقة مباشرة وأثر مهم على هذا النوع من الأحكام من حيث الشروط والإجراءات والنتائج .

٣–تجاوز بعض الأحكام الفقهية المتعلقة ببعض المسائل التي لا يوجد لها أثر عملي في الوقت المعاصر ، كما في مسائل الرق والعتق ومسائل زواج الصغار دون سن البلوغ .

٤–التركيز في دراسة المناهج على المذاهب الأربعة ثم المذهب الظاهري والزيدي ، دون الدخول في ذكر آراء الفقهاء الآخرين لأن الدراسة لا تعنى بالخلاف الفقهي الفرعي في الأقوال المنثورة في كتب الفقه بل بمجموع تلك الأقوال التي تمثل مدرسة كاملة ، وهذا لا يتأتى إلا من خلال مؤلفات عديدة ومتنوعة في المذهب الواحد تحدد الوجهة العامة له لا مجرد آراء لفقهاء ينتسبون لذات المذهب ، مع الإشارة إلى ما قاله العلماء من غير المذاهب المذكورة في المواطن التي أرى أنه لا بد فيها من ذكر رأيهم

٥–التركيز على ذكر القول المعتمد في المذهب الواحد واعتماده لتحديد منهج المذهب ، وعدم الخوض في الفرعيات الخلافية داخل المذهب الواحد لأنها لا تعطي تصورا واحدا للمنهج العام للمذهب.

٦–فيما يتعلق بالقوانين المعاصرة سيتم الاكتفاء بثلاثة نماذج رئيسة للمقارنة هما قانون الأحوال الشخصية الأردني ،و قانون الأسرة المغربي والمعروف بمدونة الأسرة ، ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري ، وسأعرض لبعض أحكام القانون الليبي كلما اقتضى الأمر ذلك .

وقد اخترت القانون الأردني لصلتنا المباشرة به ، بالإضافة إلى أنه يمثل في كثير من أحكامه المدرسة الحنفية وهي المرجع للقانون فيما لا نص عليه فيه .

وأما القانون المغربي فتم اختياره لعدة أسباب :

أ–لأنه قانون جديد جرى إعداده أثناء تحضيري للدراسة ويحمل نزعة تجديدية في التقنين الأسري ، تحتاج إلى الدراسة والمقارنة .

ب–لأنه يمثل مدرسة أخرى تختلف عن القانون الأردني وهي المدرسة المالكية ، والمذهب المالكي هو مرجع القانون المغربي ويظهر الفقه المالكي جليا في القانون ، ويمكن بعد دراسته الاستفادة منه في التقنين في المشرق العربي وخاصة في الأردن بعد تدقيق أحكامه .

وأما المشروع الموحد فاخترته باعتباره كان محاولة في حينها لوضع إطار تشريعي جديد لمسائل الأحوال الشخصية لا يلتزم مذهبا محددا ، حاول واضعوه أن يكون متكاملا يسد الثغرات الموجودة في القوانين المعمول بها عند وضع المشروع .

ثالثاً : منهج البحث

أما منهجية البحث ؛ فتقوم على المنهج الاستقرائي كما يلي :

أ. تتبع ما كتبه الفقهاء ونقلوه قديما وحديثا في الموضوع .

ب. تحقيق الأقوال الفقهية في المسألة الواحدة ونسبتها .

ت. تحليل تلك الأقوال واستخلاص المنهجيات منها وإعادة تقسيمها وتبويبها .

ث. ربط الجانب النظري وهو مخرج عمليات الدراسة والبحث الفقهية بالجانب العملي التطبيقي .

رابعاً : مسوغات اختيار الموضوع

لقد وقع اختياري على هذا الموضوع لعدة أسباب :

أ . سبب موضوعي ويتمثل بطبيعة الدراسة حيث توصلت وبعد قراءات عديدة إلى ضرورة جمع شتات المسألة ، والتي تم التعاطي معها سابقا من قبل الباحثين على شكل دراسات جزئية مستقلة لأنواع فرق النكاح ، كل على حدة ، دون تأصيل نظري يجمع كل تلك الأنواع ويضع الضوابط والقواعد الناظمة لها ، فقها وقضاء .

ب .أما السبب الثاني فهو الحاجة إلى دراسات ذات طابع تطبيقي عملي ، يكون له فائدة وثمرة في ميدان حياتنا لنفيد والآخرين مما يكتب ، حيث يمكن للباحثين والمهتمين بالأحوال الشخصية والدارسين والعاملين في المجال القضائي أو المتأهلين له الإفادة من نتائج وتفصيلات الدراسة .

ج . والسبب الثالث طبيعة عملي في الجهاز القضائي ومعايشتي اليومية لتفاصيل الأمر واحتياجاته وتقديرا لأهميته العملية .

د . وأخيرا ضرورة عدم الانكفاء على ما كتب قديما في الموضوع باعتبار وجود جوانب إجرائية من فقه القضاء متعلقة بفقه الموضوع ، وذات مساس مباشر ومؤثر فيه ، تحتاج إلى إعادة صياغة و إخراج ،و إعادة دراسة فيما استجد من أحكام وفقه إجرائي؛ حيث

أن فقه الموضوع ممتزج في هذه الدراسة بفقه القضاء ؛ لأن التفريق هنا هو مخرج من مخرجات عدة عمليات فقهية فرعية و قضائية .

خامساً : خطة البحث

جاءت هذه الرسالة بمقدمة وستة فصول وخاتمة ، على النحو التالي :

المقدمة و تناولت مشكلة البحث ، وأهميته ومحدداته ،و مبرراته ، والمنهج المتبع فيه ، والخطة التي قام عليها البحث ،

أما فصول الرسالة فجاءت كما يلي :

الفصل الأول : مفهوم التفريق القضائي ومشروعيته، وتضمن خمسة مباحث :

المبحـــث الأول : معنى التفريق القضائي وموضوعه

المبحث الثـــاني : التكييف الفقهي للتفريق القضائي ومشروعيته

المبحث الثـــالث : العلاقة بين تطليق الزوج وتفريق القاضي

المبحث الرابـــع : أسباب طلب التدخل القضائي

المبحث الخامس : مقومات النظرية

الفصل الثاني: جهة طلب التفريق وتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : طلب التفريق من قبل الزوج وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : مناهج الفقهاء في الحالات التي يبني عليها الزوج طلبه التفريق

المطلب الثاني : مواطن الاتفاق والخلاف بين الفقهاء وتحليل أسبابه

المطلب الثالث : تحديد مجالات الاجتهاد في الأسباب والحالات الموجبة للتفريق

المطلب الرابع : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية

المطلب الخامس : الرأي المختار في الحالات ومنهج اختيارها

المبحث الثاني : طلب التفريق من قبل الزوجة وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : مناهج الفقهاء في الحالات التي يبني عليها الزوج طلبه التفريق

المطلب الثاني : مواطن الاتفاق والخلاف بين الفقهاء وتحليل أسبابه

المطلب الثالث : تحديد مجالات الاجتهاد في الأسباب والحالات الموجبة للتفريق

المطلب الرابع : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية

المطلب الخامس : الرأي المختار في الحالات ومنهج اختيارها

المبحث الثالث : طلب التفريق من قبل الولي وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : مناهج الفقهاء في إعطاء الولي حق طلب التفريق

المطلب الثاني : الحالات التي يبني عليها الولي طلبه التفريق وشروطها .

المطلب الثالث : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية .

المطلب الرابع : الرأي المختار في الحالات .

المبحث الرابع:طلب التفريق من قبل المدعي باسم الحق العام الشرعي وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : المدعي باسم الحق العام الشرعي ، التعريف به ، والشروط الواجب توفرها فيه .

المطلب الثاني: الحالات التي يبني عليها المدعي باسم الحق العام طلب التفريق

المطلب الثالث : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية .

المطلب الرابع : الرأي المختار في الحالات .

الفصل الثالث: جهة إصدار الحكم وفيه مبحثان :

المبحث الأول : القاضي وفيه مطلبان

المطلب الأول : تعريف القاضي و شروطه .

المطلب الثاني : شرط الإسلام في القاضي .

المبحث الثاني : الحكم وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف التحكيم و طريقة تعيين مرجعه .

المطلب الثاني: مجال التحكيم في مسائل التفريق .

المطلب الثالث: علاقة التحكيم بالقضاء

الفصل الرابع : الحكم الصادر بالتفريق ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الحكم الصادر بالتفريق ، وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : أنواع الفرقة الصادرة

المطلب الثاني : مناهج الفقهاء في اختيار نوع الفرقة لكل حالة من حالاتها.

المطلب الثالث : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية

المطلب الرابع : الرأي المختار.

الميحث الثاني : الآثار المترتبة على اختلاف ماهية الحكم الصادر بالتفريق

المطلب الأول : حق الرجعة .

المطلب الثاني : احتساب عدد الطلقات

المطلب الثالث : الحقوق المالية التابعة للعقد .

المبحث الثالث: مقتضى الحكم بالتفريق وموجبه ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف بالمقتضى والموجب والفرق بينهما

المطلب الثاني: مقتضى الحكم بالتفريق

المطلب الثالث: موجب الحكم بالتفريق

الفصل الخامس:الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق

المبحث الأول : المهر .

المطلب الأول : مناهج الفقهاء فيما يجب من مهر للمرأة في الفرقة

المطلب الثاني : المهر وفق قوانين الأحوال الشخصية

المطلب الثالث : تحرير الأقوال والاختيار فيها

المبحث الثاني : سريان حكم التفريق ظاهرا وباطنا . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الظاهر والباطن عند الفقهاء

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في سريان الحكم .

المطلب الثالث : الأثر المترتب على الخلاف الفقهي.

المبحث الثالث : العود بين الزوجين بعقد جديد . وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : معنى العود

المطلب الثاني : الحالات التي لا يجوز فيها العود

المطلب الثالث : الحالات التي يجوز العود فيها والحكم الشرعي لها .

المطلب الرابع : أحكام طلب التفريق بعد العود .

المبحث الرابع : العـــــــدة

المبحث الخامس: المتعـــــة

الفصل السادس : الأصول الشكلية للتقاضي في دعوى التفريق. وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الأطوار التي تمر بها دعوى التفريق و القانون والمذهب الواجب التطبيق للحكم بالتفريق . وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : أطوار الدعوى

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق

المطلب الثالث : إجراءات خاصة في دعوى التفريق

المطلب الرابع : وسائل الإثبات المعتمدة لحالات التفريق في قانون أصول المحاكمات و الأحوال الشخصية الأردنيين .

المبحث الثاني : تعدد درجات التقاضي وطريقة إصدار الحكم وأثر ذلك على الفرقة .

المبحث الثالث : أثرُ وفاة طرفي الدعوى أو أحدهما على الدعوى .وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الخصومة في الدعوى و استمراريتها

المطلب الثاني : العدة والحقوق المالية

الفصل الأول

مفهوم التفريق القضائي ومشروعيته

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم التفريق القضائي وموضوعه

المبحث الثاني : التكييف الفقهي للتفريق القضائي ومشروعيته

المبحث الثالث : العلاقة بين تطليق الزوج وتفريق القاضي

المبحث الرابع : أسباب طلب التدخل القضائي

المبحث الخامس : مقومات النظرية

المبحث الأول

مفهوم التفريق القضائي وموضوعه

المطلب الأول

مفهوم التفريق القضائي

التفريق القضائي عبارة عن صفة وموصوف ، فالموصوف هو التفريق ، وصفته انه قضائي ولكي نلج في مضمون هذا البحث لا بد وان نتعرف حقيقته والتي مرتكزها الفرقة بين الزوجين بواسطة القضاء ، وللوصول إلى حقيقة المعنى المراد فنقدم له بتعريف للتفريق ثم بتعريف للقضائي.

أولا:التفريق لغة

التفريق مصدر فرق ، و اصل الكلمة فرق بين الشيئين على وزن نصر ، والفرقة اسم من فارقه مفارقة وفراقا [(١)] ، والفرق خلاف الجمع والاسم فرقه وتفريق ، والمصدر فرقة للافتراق، وفارق الشيء باينه ، والفرق الفصل بين الشيئين [(٢)].

ويلاحظ من مراجعة المعاجم اللغوية أن المعنى اللغوي للتفريق يراد به الفصل بين الشيئين والمباينة بينهما ، وقد وردت شواهد في القرآن الكريم لمعنى الفرقة حيث وردت الفرقة بين الزوجين بمختلف اشتقاقاتها اللفظية في ثلاثة مواضع هي :

الأول : قوله تعالى عن السحرة : (فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه) [(٣)] .

الثاني : قوله تعالى : (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) [(٤)].

الثالث : قوله تعالى :(وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) [(٥)] .

ثانيا : التفريق في اصطلاح الفقهاء

الفرقة والتفريق مصطلحان فقهيان هما النتيجة العملية للطلاق أو التطليق أو فسخ العقد، وقد اعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق أكثر من اعتنائهم بتعريف الفرقة أو الفسخ ، ولذا فسأحاول الوصول إلى معنى الفرقة اصطلاحا من خلال نظرة الفقهاء إلى معنى الطلاق بالاعتبار الذي ذكرت لأن الطلاق هو أحد نوعي الفرقة .

---

[١]- مختار الصحاح : مادة فرق .
[٢]- ابن منظور ، لسان العرب : مادة فرق .
[٣]- سورة البقرة ، آية (١٠٢) .
[٤]- سورة الطلاق ، آية (٢) .
[٥]- سورة النساء ، آية (١٣٠) .

والفرقة بالمجمل رفع قيد النكاح حالا أو مآلا ، أو ما تنحل به عقدة النكاح فينقطع به ما بين الزوجين من علاقة زوجية [١] ، فالحنفية يرون أن الفرقة رفع لقيد النكاح[٢] ، والشافعية يرون أنها حل لعقد النكاح أو تصرف للزوج يقطع النكاح[٣] ، وهي عند المالكية صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته[٤] أو رفع القيد الثابت بالنكاح [٥] ، أما الحنابلة فالفرقة عندهم تعني حل قيد النكاح أو بعضه [٦] ،

وأشار ابن نجيم في تعليقه على تعريف الحنفية للطلاق منتقدا إياه ، انه يتضمن نوعي الفرقة من الطلاق و الفسخ ، والتفريق الذي انتقده يشملهما فان ذلك يخدم موضوعنا بالاعتبار الكلي ليكون من التعريفات العامة للفرقة بنوعيها التطليق و الفسخ ، لأن ابن نجيم بتعليقه قد أشار إلى المعنى المراد للفرقة عند الحنفية بنوعيها وهو ما نريد التوصل اليه ، وقد استخدم الفقهاء كابن نجيم وابن الهمام لفظ التفريق مرادفا للتطليق فقد جعلا قول القاضي للزوجين فرقت بينكما عند إباء الزوج الإسلام حال إسلام زوجته وبعد اللعان جعلا ذلك من الطلاق .

ثالثا : مصطلح (القضائي)

القضائي نسبة إلى القضاء فالياء فيها ياء النسبة ، والقضاء لغة [٧]مصدر قضى فيقال قضى قضاء ، والقضاء لغة الحكم ، واصله قضايي ثم همزت الياء والجمع أقضية، ومن معاني القضاء القطع في الأمور ، والقاضي القاطع للأمور المحكم لها ، وأصل القضاء القطع والفصل، قال الأزهري القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه[٨]،وتأتي بمعنى الصنع والتقدير والحتم والأمر والقضاء والإنهاء والبيان ، قال تعالى: (ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضي إليك وحيه) [٩] أي قبل أن يبين لك بيانه .

القضاء اصطلاحاً

لقد تعددت تعريفات الفقهاء الاصطلاحية للقضاء ولن أفصل فيها وسأكتفي بما يخدم غرض البحث من ذكرها وذلك بالإشارة إلى بعض التعريفات لدى المذاهب المختلفة التي تعطي القارئ تصوراً عاما عن المعنى المراد ، ومن هذه التعريفات :

١- علي الخفيف، فرق النكاح : ص١ .
٢- ابن نجيم ، البحر الرائق :ص٢٥٢ج٣ ، ابن الهمام ، فتح القدير :ص٤٦٣ج٣ .
٣- الشربيني ، مغني المحتاج :ص٢٧٩ج٣ .
٤- الحطاب ، مواهب الجليل: ص١٨ج٤ .
٥- الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ : ص٢١٦ ج ٣ .
٦- المرداوي ، الإنصاف : ص٤٢٩ج٨ ، البهوتي، كشاف القناع : ص٢٣٢ج٥ ، ويستفاد من القيد (بعضه) وجود بعض الأحكام التي تبقى بعد الفرقة وتتعلق بالعدة مثلا أو بالطلاق الرجعي .
٧- انظر : ابن منظور ، لسان العرب مادة قضي .
٨- القرطبي ، تفسير القرطبي : ج٢ ص ٨٧ .
٩- سورة طه ، آية (١١٤) .

١- فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص [١] أو الحكم بين الناس بالحق [٢].
٢- الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ، أو صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين [٣] .
٣- فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى [٤] .
٤- الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات [٥] .

التفريق القضائي اصطلاحا

من خلال العرض السابق لمفردات الموضوع ومعانيها ، وللوصول إلى المعنى الاصطلاحي المبتغى على هيئة تعريف حدي ، لا بد أن يتكون التعريف المراد من : معنى الفرقة وهي_ حل العقد أو رفع العقد أو قطع العلاقة الزوجية أو إنهاء العلاقة الزوجية ، كما لا بد أن يدخل فيه فعل القاضي وهو واحد من أمرين؛إما رفع العقد أو إنهاؤه أو قطعه ،أو تقرير ثبوت إنتهائه أو انقطاعه ، ولا بد كذلك من شمول التعريف لانتهاء الحل بين الزوجين في الحال أو المآل لاعتبارات نوعي الطلاق الرجعي والبائن ، كما يدخل فيه تعريف القاضي ، للدلالة على الفعل القضائي الملزم .

ولقد تم اختيار كلمة التفريق من الفرقة عوضا عن التطليق أو الفسخ أو غيرها من الكلمات وذلك لشمول كلمة التفريق والفرقة جميع أنواعها فهي تتضمن فرقة الطلاق وفرقة الفسخ وفرقة الوفاة . أما كلمة القضائي فلتحديد مضمون البحث حيث أن الفرق المختلفة تتم بعدة طرق والطريق القضائي واحد منها وهو الذي ستقتصر هذه الدراسة على بحثه وبسطه.
وممن عرف التفريق القضائي محمد بن معجوز[٦] قائلا : إن التفريق هو حكم القاضي بإنهاء الرابطة الزوجية بين زوجين[٧] ، ويؤخذ على التعريف عدم شموله لكل العناصر و الاعتبارات السابقة الواجب توفرها في التعريف ، حيث يمكن أن ينظر إلى التفريق القضائي من معنيين؛
الأول : وهو العملية القضائية الإجرائية الموضوعية بكامل عناصرها وأطرافها ابتداءً من رفع الدعوى وحتى صدور الحكم النهائي.

١- ابن عابدين ، رد المحتار ، ص٣٥٢ج٥
٢- ابن نجيم ، البحر الرائق : ص٢٧٧ج٦ .
٣- الحطاب ، مواهب الجليل : ص٨٦ج٦ .
٤- الشربيني ، مغني المحتاج : ص٣٧٢ج٤ .
٥- البهوتي ، كشاف القناع : ص٢٨٥ج٦ .
(٦)- تم التعريف عليه في كتابه بأنه من علماء القرويين وهو أستاذ في الحقوق من مؤلفاته وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي ، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي .
(٧)- ابن معجوز ، أحكام الأسرة :ص٢٠٤ج١ .

الثاني : وهو النظر إلى التفريق باعتباره هو النتيجة للعملية القضائية المذكورة ، وهو بهذا الاعتبار يوازي الحكم النهائي القطعي ، ولذا فإنني اقترح التعريف الاصطلاحي التالي للتفريق القضائي :

(حل القاضي أو من يقوم مقامه عقدة النكاح حالا أو مآلا لسبب يقتضي الحل أو تقرير ثبوت انحلالها) .

المطلب الثاني

موضوع الفرقة

هذا المطلب يراد منه معرفة ماذا نعني بالفرقة في بحثنا هذا ، هل هي الفرقة بين الزوجين فرقة عملية جسدية تتضمن انفصالهما الجسدي عن بعضهما؟ أم تتعلق بالعقد الناشئ بينهما فقط ؛ وإن كان كذلك فعن أي عقد نتحدث ، عن العقد الصحيح أم الباطل أم الفاسد ؛ و عن العقد التام اللازم أم غير اللازم .

وهذا الأمر يعتبر محددا جوهريا من محددات الرسالة يبنى عليها موضوعها و مباحثها القادمة ، وتفصيل ذلك أن العقد كما هو معلوم – أي عقد– هو عبارة عن ارتباط إيجاب بقبول، وهذا الارتباط هو أساس كل عقد ، ثم تختلف العقود فيما بينها من حيث طبيعة هذا الإيجاب والقبول ومن حيث ألفاظه ،وما يدل عليه ثم موضوع الإيجاب والقبول ومجلسه وشروطه وأركانه الأخرى، وبما ينسجم مع موضوع كل عقد والمراد منه .

إلا أن الإيجاب والقبول اللفظيين ليس بالضرورة أن يترتب عليهما ارتباط حكمي، بمعنى ترتب الآثار التي يتضمنها حكم العقد ، وذلك لاشتراط المشرع شروطا معينه يجب توفرها لتترتب هذه الآثار ، فما دامت العبارات بين الطرفين تراعي شروط المشرع العامة والخاصة فإنها عبارة واجبة الاحترام ، وفي حال تخلف بعض الشروط الواجب توفرها فان تلك العبارة الصادرة عن المتعاقدين لا تتعدى من حيث الأثر مقدار ما اهتزت به حناجرهما وما تردد بين أوتارها من هواء .

إلا أن هذه العبارات والكلمات من حيث الظاهر شكلت صورة للعقد باعتبار وجود الإيجاب ووجود القبول ، فهذه الصورة المادية المحسوسة دعت الفقهاء والقانونيين لتسمية ما خرج على هذه الصورة عقدا ، ثم للتفريق بين ما يترتب عليه من آثار ومالا يترتب أو ما يترتب عليه بشكل أو بآخر من آثار ، اصطلحوا على مسميات عدة للتفريق بين أنواعه ؛ فقالوا عقد صحيح وعقد باطل وعقد فاسد وعقد لازم وعقد غير لازم وعقد تام وعقد موقوف .

وهذه المقدمة التي قدمت بها ما هي إلا صورة مما ينطبق على عقد النكاح – موضوع هذه الدراسة – .

فعقد النكاح صورته الخارجية المحسوسة صدور إيجاب وقبول من الزوج والزوجة أو وكيلها أو وليها ، ومتى صدر الإيجاب والقبول فقد تشكل منه عقد حسي ولكن يبقى بعد ذلك معرفة مدى صلاحية هذا العقد لترتب حل المرأة للرجل أو صحته لنشوء التزامات بينهما ، ولذا فقد بين الفقهاء هذه الأحكام بشكل تفصيلي وأولوها جل اهتمامهم ، ونحن عندما ندخل العقد الفاسد والباطل في مجمل العقود الخاضعة لنظرية التفريق القضائي إنما ندخلها بالاعتبار الحسي لها يقول ابن تيمية في تعليقه على التسمية لبعض التصرفات بأسمائها الشرعية مع أنها من حيث الحكم فاسدة أو باطلة لا يترتب عليها حكم (ونهيه عن صوم يوم العيدين ونحو ذلك فيقال أما تصوره حسا فلا ريب فيه وهذا كنهيه عن نكاح الأمهات والبنات ......فتسميته لهذا نكاحا لم يمنع أن يكون فاسدا باطلا بل دل على إمكانه حسا) [١] ، إلا أن الذي يعنينا من كل ما ذكر أن الفرقة التي نتحدث عنها إنما تتوجه على عقد نكاح عقده اثنان أياً كان و مهما اختلفت مسميات هذا العقد ما دام اصبح واقعاً فالاعتراض الذي قد ينشأ على دخول كل الأنواع في مضمون البحث هو جدوى التدخل القضائي في عقد باطل أصلاً لا يترتب عليه حكم .

وهذه القضية قد أشار إليها الزرقا في حديثه عن العقود بشكل عام ،ومدى حاجة العقد الباطل إلى الإبطال و سأذكر كلامه هنا لانه يتعانق مع ما أريده في موضوع الفرقة في عقد النكاح ، لأن الفرقة من معانيها رفع العقد ، والعقد الباطل عقد مرفوع بحكم الشرع فكيف يتجه أن تقام دعوى بالتفريق بناء على عقد باطل أصلاً أو عقد فاسد واجب الفسخ ؟والوجه في ذلك : العقد الباطل أو الفاسد من الناحية النظرية كالمعدوم ، لا حاجة إلى إقامة دعوى قضائية لإبطاله لأنه باطل ، إلا انه من الناحية العملية قد يحتاج أحد الأطراف ، أو المتضرر إلى إقامة دعوى ليس للإبطال و إنما لتقرير البطلان ، ولا سيما إذا كان العقد قد تم تنفيذه ، فينشأ عن التنفيذ إشكال يحتاج إلى حل ، فيكون الحل بالتقاضي .

ومن ناحية أخرى تتعلق بأسباب البطلان فإن الأسباب قد تكون خافية غير واضحة أو مشتبهة أو مختلفاً فيها ، وهنا لا بد من الادعاء قضاء للطرف المتمسك بالبطلان للوصول إلى النتيجة الحاسمة في السبب المدعى به ، هل هو مبطل للعقد أو لا؟ لكي يبني تصرفاته بعد ذلك على قاعدة ثابتة من الصحة أو البطلان ، ولكي يتجنب أي إشكال في المستقبل نتيجة اجتهاده الشخصي المحض الذي قد يكون مخالفا للواقع أو للشرع أو لقانون الدولة .

---

(١)- ابن تيمية ، الفتاوى :ج٣٣ص٢٧ .

ووظيفة القاضي بناء على ذلك ليست فسخ العقد و إنما تقرير واقع هل العقد وقع باطلا من اصله أم لا ؟ والقاضي بذلك يظهر البطلان ويقرره و لا ينشئه .

هذا المعنى بالإضافة إلى أن من وظيفة القضاء في حال التفريق غير الرجعي أن تأمر الطرفين بالانفصال الجسدي وإنهاء كل علاقة أجازها العقد بينهما ، وتلزمهما بذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ،وإذا ثبت بعد ذلك عدم التزامهما بذلك وبقيا معا استناداً منهما إلى العقد المنحل أو المبطل بينهما ؛ يمكن أن توجه لهما عقوبة حدية أو تعزيرية بحسب مقتضى الحال بينهما (١).

كما أن من فوائد الحكم بالتفريق – ولو كان العقد فاسدا من الأصل – أن هذه القضايا من الأمور المختلف فيها بين الفقهاء والتي لا يجوز تركها لعامة الناس يقررون فيها ما يشاءون، و إلا اختلطت الأمور على الناس وشاعت التهم ، كما أن من الفقهاء من لا يجيز للمرأة المنكوحة نكاحا فاسدا الزواج من آخر قبل طلاق أو فسخ يلحق العقد الفاسد ، لكي لا يسلط عليها زوجان كل يدعي أحقيته فيها (٢).

(١)- انظر : الزرقا ، المدخل الفقهي :ج١ص٦٧٦ .
(٢)- المرداوي ، الإنصاف :ج٨ص٣٠٦ ، البعلي ، القواعد والفوائد الأصولية :ج١ص١١٤ .

المبحث الثاني

التكييف الفقهي للتفريق القضائي ومشروعيته

تمهيد :

الفرقة بحسب التعريف المختار تتضمن الإنشاء من قبل القاضي أو تقرير ثبوتها لديه ، فالنوع الثاني وهو الثبوت ينحصر الفعل القضائي فيه في أمرين :

الأول : في بيان وقوع الفرقة الواقعة من الزوج كأن يكون قد أوقع طلاقا على زوجته وأنكر ذلك ، ثم أثبتت هي ذلك لدى القاضي .

الثاني :في تثبيت الانفساخ الحكمي للعقد بموجب النص الشرعي المقرر للفسخ ، كثبوت كون الزوجة أختا للزوج في الرضاعة .

أما النوع الأول وهو إنشاء الفرقة ، فإما أن يكون بناءً على طلب الزوج ، أو بناء على طلب غيره ، فإن كان بناء على طلب الزوجة أو الولي ، فإن عمل القاضي في قرار الفرقة هو الوصول إلى إلزام الزوج بإنهاء العقد في حال عدم فساده أو بطلانه من اصله ، و الإلزام يكون تبعا لأسباب بحثها القاضي وثبتت لديه،وعند تحقق الإلزام للزوج فإما أن يستجيب للأمر القضائي فيقوم بالتطليق وعندها يقرر القاضي ثبوت الطلاق الصادر من الزوج ، وتنتهي دعوى التفريق بفرقة اختيارية من الزوج ، وليس فرقة قضائية.

و إما أن لا يلتزم الزوج بإلزام القاضي ، وعليه وحيث أن القاضي له ولاية عامة وسلطة جبرية ، فيقتضي الأمر منه القيام بالتنفيذ الجبري ، إلا أن الأمر اللازم تنفيذه في هذه الدعوى يتعلق بالإرادة وبالتلفظ بها ، وهذا لا إمكان للإلزام به عند رفض صاحب العلاقة القيام به ، ولو تم اللجوء إلى حبسه مثلا فانه قد لا يلتزم ، وعندها وحتى يكون للقضاء فائدته ودوره وأثره ، فلا بد وان يكون هناك حل عملي عند امتناع الزوج عن التطليق الاختياري وهذا الحل له طريقان :

الأول : إما أن تتشكل هناك نيابة حكمية عن الزوج من قبل القاضي تخول هذه النيابة القاضي تطليق الزوجة على زوجها وبالتالي وقوع آثار هذا التطليق قياسا على تطليق الزوج.

الثاني : أو يقوم القاضي بإنهاء العقد ورفعه بين الزوجين بما يسمى فسخ العقد وإفهام الطرفين بانقضائه بينهما . وذلك بحكم الولاية العامة التي تجيز رفع الضرر عن المتضرر.

والطريقان هما صورتان لتكييف العمل القضائي النهائي في دعوى التفريق وهما نتيجة العمل القضائي فيها .

وهذا التقديم هو المدخل لبيان وشرح تفصيلي للتكييف القضائي للتفريق وحتى يصل القاضي إلى قرار بإلزام الزوج طلاق زوجته لا بد أن يمر ذلك بمراحل وإجابة على تساؤلات عديدة منها؛ لماذا يلزم القاضي الزوج بالفرقة؟ ومتى يلزمه بذلك؟

وللحكم على الأشياء كما يقول أهل العلم ضوابط أولها تصور الأشياء تصورا صحيحا ليكون الحكم دقيقا ، وبهذا التقديم نرى ضرورة تكييف مفهوم التفريق القضائي فقها ، ليصار إلى تحديد مشروعيته ومجاله ، وللوصول إلى قدر سليم من حقيقة التكييف فمن الضروري معرفة وتحقيق قضيتين أساسيتين :

الأولى : من صاحب الحق الأصيل في الفرقة بين الزوجين ؟

الثانية : مدى السلطة الممنوحة لصاحب الحق الأصيل في إنشاء هذه الفرقة .

وبعد ذلك نلج إلى الفرقة بواسطة القضاء لنرى موقعها من القضيتين المذكورتين ، ونضع لها تصورا فقهيا واضح المعالم، ولذا فان هذا المبحث سينقسم إلى ثلاثة مطالب لكل قضية مما ذكرت مطلبا خاصا .

المطلب الأول

صاحب الحق في الفرقة بين الزوجين

إن عقد الزواج يمكن أن نحدد أطرافه ومن له صلة مباشرة به بثلاثة الزوج و الزوجة و الولي ، ولكل طرف من هذه الأطراف حقوق محددة في عقد الزواج بدءا بتأسيسه و تمامه وصولا إلى رفعه إذا اقتضى الأمر ، وقد أعطى الشارع طرفا واحدا وهو الزوج سلطة التصرف في العقد وفق مقتضيات الشرع برفع أحكامه أصالة مع عدم إغفال حق الزوجة والولي في ذلك وفقا لحالات تستوجب رفع العقد وهذا الحق الأصيل نستخلصه من خلال النصوص قرآنا وسنة ومن خلال ما قرره الفقهاء من قواعد و أحكام يمكن أن نوردها كما يلي:

أولا : القارئ لنصوص الكتاب المتعلقة بالفرقة بين الزوجين يلاحظ جليا أن الخطاب فيها منسوب إلى الزوج بلفظ الطلاق وقد وردت الآيات بلفظ (طلقتم النساء) في أربعة مواضع هي : قوله تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) (البقرة:٢٣١) وكذلك قوله تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) (البقرة:٢٣٢) وكذلك قوله تعالى(لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ) (البقرة:٢٣٦) وكذلك قوله تعالى(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ

رَبَّكُمْ)(الطلاق:١)

وبلفظ (فان طلقها) في موضعين في ذات الآية هي قوله تعالى :(فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ) (البقرة:٢٣٠) أما الألفاظ الأخرى فكانت (إن طلقكن) والخطاب للنبي عليه السلام في قوله تعالى :(عَسَى رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنَّ أَنْ يُبْدِلَهُ أَزْوَاجاً خَيْراً مِنْكُنَّ مُسْلِمَاتٍ مُؤْمِنَاتٍ قَانِتَاتٍ تَائِبَاتٍ عَابِدَاتٍ سَائِحَاتٍ ثَيِّبَاتٍ وَأَبْكَاراً) (التحريم:٥ ولما جرى الخطاب للنساء جاءت بلفظ والمطلقات كما في قوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ)(البقرة: من الآية٢٢٨) .

وهذه الآيات واضحة الدلالة أن الزوج هو الذي يطلق وهو الذي يملك حل عقد النكاح بإرادة منفردة منه دون شرط موافقة الزوجة ، ولا نجد نصا واحدا يشير إلى أن المرأة تطلق نفسها بإرادة منفردة منها كما هو الرجل .

ثانيا : نصوص السنة

١- حديث امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي [١].

٢- حديث أبى عمرو بن حفص بن المغيرة الذي خرج مع علي بن أبي طالب الى اليمن فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها[٢].

٣- حديث ابن عمر انه طلق امرأته تطليقه وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجعها[٣].

ثالثا : أجمع الفقهاء المسلمون على أن للزوج أن يطلق زوجته بإرادة منفردة دون التوقف على إذن أحد أو رضاه[٤].

من خلال ما سبق يتبين لنا أن صاحب الحق الأصيل في الفرقة هو الزوج وقد أعطى التشريع هذا الحق للزوج أصالة وذلك لأسباب عديدة ترتبط بالقوامة والإنفاق والتركيب النفسي والجسمي، وترتبط كذلك بقدرة الزوج على التأمل والتفكير مليا بالفرقة ، قدرة ناتجة عن تبعة المسؤوليات الملقاة عليه تجاه قراره ، كالمهر والنفقة وما يتبع ذلك من حقوق للصغار من رضاع ومسكن وغير ذلك مما قد يتكلف به ماديا ومعنويا ، وما سيترتب عليه من نفقات جديدة

[١]- رواه البخاري في صحيحه : ج٥ ص٢٠١٤ باب من أجاز الطلاق الثلاث .
[٢]- مسلم ، الجامع الصحيح :١٩٧/٤ .
[٣]- مسام ، الجامع الصحيح :١٨١/٤ .
[٤]- ابن قدامة ، المغني : ج٧ ص٢٧٧ (طبعة دار الفكر ١٤٠٥ هـ).

لزواج آخر كل ذلك يدفعه للتروي و إعادة النظر ، ومحاولة تجاوز العثرات في سبيل المحافظة على الأسرة وديمومة الزواج ،هذا بالنسبة للزوج أما الزوجة فلم تعط هذا الحق استقلالا بإرادتها المنفردة وكذلك لم يعطه الولي لكنهم إن رغبوا في فك عرى الزوجية فإن عليهم طلب ذلك من الزوج أو الرجوع إلى القضاء صاحب الولاية العامة [١].

المطلب الثاني

السلطة الممنوحة للزوج في استخدام حق الطلاق

إن الزوج قد أعطي حق إنهاء العلاقة الزوجية بكلمة يلفظها و قرار يتخذه وحيدا منفردا، إلا أن المشرع قد وضع له ضوابط وقواعد لاستخدام هذا الحق ، وفي حال تجاوز تلك الضوابط اعتبر واقعا في الإثم ، في حين جعل البعض طلاقه غير المتفق مع أحكام الشرع لغوا لا أثر له[٢] ، ومن هذه الضوابط :

الضابط الأول : الحكم التكليفي للطلاق جعل الشارع الأصل فيه الكراهة إذا تجرد عن الأسباب الداعية له ،وقد نظر الفقهاء إلى الحكم التكليفي للطلاق باعتباره متغيراً تبعا لتغير الوصف المقترن به والسبب الداعي له ، بحيث تشكل تلك الأحكام و توضح وتحدد السلطة الشرعية الممنوحة للزوج في الطلاق ، وقد كان النظر الفقهي مرتبطاً إلى حد ما بالمقصد الشرعي من عقد النكاح ، ومدى تأثره بوجود الأسباب المختلفة ، التي قد تعود بأصل تشريع النكاح إلى غير الهدف المرجو منه في تلك الحالات .

ونستطيع أن نتبين ذلك من خلال الاطلاع على كيفية تفصيل الفقهاء للحكم التكليفي لتطليق الزوج فقد ذكر الشافعية [٣] مثلا أن الطلاق يقع على أربعة أوجه واجب ومستحب ومحرم ومكروه فأما الواجب فهو في حالتين إحداهما إذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق ، والثانية إذا آلى من الزوجة ولم يفيء إليها ، وأما المستحب فهو في حالتين الأولى إذا كان يقصر في حقها في العشرة أو في غيرها فالمستحب أن يطلقها ، و لأنه إذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يفضي إلى الشقاق أو إلى الفساد ، والثانية ألا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها، و لأنه لا يأمن أن تفسد عليه وتلحق به نسبا ليس منه ، والمحرم من الطلاق فهو طلاق البدعة وهو اثنان أحدهما طلاق المدخول بها في حال الحيض والثاني طلاق من يجوز

---

[١]- وذلك كطلب الزوجة الفرقة بسبب إضرار الزوج بها بغيابه عنها أو عدم إنفاقه عليها وطلب الولي الفرقة لعدم الكفاءة ، كما سيمر تفصيله لاحقا في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

[٢]- جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يرون وقوع الطلاق البدعي في حين يرى الظاهرية عدم وقوعه ، انظر في ذلك ، الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص١٢٢ ، القاضي عبد الوهاب ، التلقين : ص٩٤ ، الحصني ، كفاية الأخيار : ص ٥٢١،البهوتي، الروض المربع : ص ٥٦٢ ، ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٣٥٦و٣٥٨ .

[٣]- الشيرازي ، المهذب : ج٢ص٧٨ .

أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل ، وأما المكروه فهو طلاق سنة ولا بدعة فيه .

أما الحنفية فقد جعلوا من الحظر أصلا للطلاق لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية[١].

ومن تلك الأحكام عند الحنابلة[٢] :

١-الإباحة للحاجة اليه كسوء خلق المرأة والتضرر منها.

٢-الكراهة وذلك عند عدم الحاجة اليه ، لاشتمال الطلاق على إزالة النكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها .

٣-الندب والاستحباب وذلك إذا تضررت المرأة باستدامة النكاح حال الشقاق .

٤-الوجوب وذلك على المولي إذا أبى الفيئة .

٥-الحرمة وذلك حال كونه بدعياً .

الضابط الثاني : المطلق لا بد أن يتحرى جملة أشياء ليكون طلاقه سنيا لا بدعيا ، أي لكي يخرج من دائرة الإثم ويحقق الهدف المرجو من الطلاق ولو صورة ، ويرتبط الطلاق السني بأمرين بالوقت والعدد قال القاضي عبد الوهاب المالكي : (فطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه ، والسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين إلى الوقت والعدد ، ولطلاق السنة ستة شروط أحدها أن تكون المطلقة ممن تحيض مثلها والثاني أن تكون طاهرا غير حائض ولا نفساء ، والثالث أن تكون في طهر لم تمس فيه ، والرابع أن يكون الطهر تاليا لحيض لم تطلق فيه ، والخامس أن تطلق واحدة ، والسادس أن تترك ولا يتبعها- الزوج - طلاقا ، ومتى انخرم بعض هذه الأوصاف خرج الطلاق عن السنة) [٣].

فالحنفية يعتبرون الطلاق البدعي هو الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أو الثلاث في طهر واحد من حيث العدد ومن حيث الوقت الطلاق في الحيض في المدخول بها أو في طهر جامعها فيه وقد بين الكاساني من خلال بيان طلاق السنة الأصل في حكم الطلاق وأنه الحظر وربط ذلك بمقاصد النكاح بكلام مفيد وخشية التطويل لذكرته[٤].

---

[١]- المرغيناني ، الهداية : ج١ص٢٢٧ ، الكاساني ، البدائع : ج٣ ص ٩٣-٩٥ ، الموصلي : الاختيار :ج ٣ ص١٢١ .
[٢]- البهوتي ، الروض المربع : ص٥٥٩ .
[٣]- عبد الوهاب ، التلقين : ص٩٤ .
[٤]- الكاساني ، البدائع : ج٣ ص ٩٣ - ٩٥، المرغيناني ، الهداية : ج١ص٢٢٧

ولم يعتبر الشافعية الطلاق الثلاث من طلاق البدعة وإن كان خلاف الأولى[١].بينما عدوا طلاق زوج المرأتين لإحداهن إذا قسم للأخرى قبل المبيت عند المطلقة بدعيا[٢] إضافة للطلاق في الحيض أو في طهر جامع فيه [٣] ، والبدعة عند الحنابلة في الطلاق أن يطلق ثلاثا بكلمة واحدة أو بكلمات والطلاق في الحيض بعد الدخول والطلاق في طهر جامع فيه [٤] .

المطلب الثالث

هل ينحصر حق الفرقة بالزوج باعتباره صاحب الحق الأصيل ؟

إن عقد النكاح مبني في الشرع على تحقيق مقصوده ، وحيث أعطي الرجل الحق في إنهاء العقد لأسباب قد يراها الزوج صالحة لذلك ويقدرها هو بمعرفته ليكون قراره وفقها فيتحمل عندها تبعات قراره وفرقته لزوجته ، إلا أن هناك حالات بالمقابل و أسبابا قد ترى الزوجة أنها أسباب مقنعة صالحة لحل عرى النكاح ، وقد لا يتفق الزوج معها في ذلك ،أو لا يرغب في الاستجابة لطلبها إجراء التفريق، سواء بطلاقه استقلالا أو مقابل الافتداء ، فهل للزوجة عند ذلك الحق في الفرقة أو ليس لها ذلك ؟، كما أن الولي بما أعطاه الشرع من حق في عقد الزواج فإذا ما تم تجاوزه و إجراء العقد دون إرادته فهل له الحق في الفرقة بناء على ذلك أم لا ؟

إن الناظر في النصوص الشرعية الفقهية يجد أنها تؤكد على انه ليس من حق الزوجة أو الولي اتخاذ قرار الفرقة منفردين ، بمعنى أن الفرقة لا تتم بعبارتهما وبمجرد رغبتهما ولا ينتقل الحق إليهما من الزوج إلا بإحدى وسيلتين :

الأولى : أن يُمَلك أو يُفوض الزوج الزوجة أو الولي بالطلاق ، فتكون الفرقة على لسانهما لكن عائدة إلى الزوج بحكم التمليك أو التوكيل .

الثانية : اللجوء إلى القضاء لبيان الأسباب الموجبة للتفريق ، وللقضاء بناء على طلب الزوجة أو الولي في الحق الخالص لهما أن يقرر إنهاء العقد أو إبقاءه .

إذا فالفرقة القضائية تكون إما بنيابة حكمية عن الزوج يستعملها القاضي بإنشاء الطلاق على الزوجة بنيابة جبرية عن الزوج ، وتكون النتيجة وقوع الطلاق وتسمى التطليق على الزوج ،أو إعطاء القاضي الحق في استعمال السلطة الممنوحة له بصفته صاحب ولاية عامة

---

[١]- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص٣٦٣ .
[٢]- الأنصاري ، فتح الوهاب : ج٢ص١٣٩ .
[٣]- الشربيني ، مغني المحتاج : ج ٣ ص٣٠٧ وما بعدها .
[٤]- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٦١ .

فيحكم بفسخ العقد بينهما محددا وقت الانفساخ وتاريخه بحسب الحالات المختلفة ، وقد يحكم الشرع بالفسخ مطلقا عند وقوع السبب دون حاجة إلى الحكم القضائي وعندها يحكم القاضي بتثبيت الفسخ لا إنشائه.

ومن هنا نرى أن للفسخ صورتين وكلاهما قوة جبرية بحكم الشرع إما أن يقع بمجرد وجود السبب وهذا من أقوى أنواع الفسخ ، أو أن يعطي الشرع هذه السلطة للقاضي إذا رأى المصلحة في ذلك بناء على أسباب يستدل عليها من خلال الأدلة المختلفة المعتمدة التي لا تستند إلى الهوى أو الرأي المجرد .

وهذان الأصلان النيابة الحكمية والفسخ قد أعملهما الفقهاء في مسائل التفريق فتارة أعطى فقهاء كل مذهب الحق للقاضي بالنيابة الحكمية وتارة أعطوه سلطة الفسخ ، وفيما يلي تفصيل ذلك :

الصورة الأولى : النيابة الحكمية عن الزوج (التطليق على الزوج)

سأعرض نماذج من الأقوال المبينة لذلك في المذاهب المختلفة التي تشير إلى اعتماد هذا التأصيل بشكل عام كمبدأ يلجأ اليه في مثل هذه المسائل ثم أعلق عليها بعد ذلك :

نماذج من المذهب الحنفي

يقول الموصلي في مسألة التفريق للعنة (النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بإزالته رفعا للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان ، وقد عجز عن الأول بالعنة، ولا يمكن القاضي النيابة فيه ،فوجب عليه التفريق بالإحسان فإذا امتنع عنه ناب القاضي منابه لأنه نصب لدفع الظلم ، فلا تبين بدون تفريق القاضي ، فإذا فرق يصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها) [١].

وفي مسألة اللعان قال : (لأنها بسبب قذفه لها فوت عليها الإمساك بالمعروف ، فيجب عليه التسريح بالإحسان فإذا لم يسرحها وهو قادر عليه كان ظالما لها ، فينوب القاضي منابه دفعا للظلم ، فإذا فرق بينهما كانت تطليقة بائنة لأنه كفعل الزوج) [٢] .

نماذج من فقه المالكية

قال النفراوي في مسألة الإعسار بالنفقة : (فيأمره الحاكم بالطلاق ....وإلا طلق عليه بعد التلوم عليه باجتهاده بان يأمرها بطلاقه أو يقول طلقتها منك) [١].

---

[١]-الموصلي ، الاختيار :ج٣ص١١٥

[٢]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ص١٦٩.

و أورد القرطبي : أن من الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفقه على الزوجة أن يطلقها فإن لم يفعل خرج عن حد المألوف ، فيطلق عليه الحاكم من اجل الضرر اللاحق من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ، والجوع لا صبر عليه) [٢].

ونقل الصابوني عن صاحب البهجة في التطليق للضرر قوله : (ان الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى إيقاعه إن طلبته الزوجة وامتنع منه الزوج ، وان شاء الحاكم أمرها أن توقعه، فعلى هذا القول لا بد أن يوقعه الحاكم أو يأمرها به فتوقعه ، و إذا أمرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة ، كما انه هو نائب عن الزوج شرعا حيث امتنع عنه) [٣].

نماذج من الفقه الشافعي

قال الشربيني في الإيلاء : (فان امتنع منهما أي الفيئة والطلاق ، طلق عليه الحاكم طلقة نيابة عنه ، لانه سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجبار على الفيئة لأنها لا تدخل تحت الإجبار، والطلاق يقبل النيابة فناب الحاكم عنه عند الامتناع ، فيقول أوقعت على فلانة على فلان طلقة)[٤]

وجاء في شرح زبد ابن رسلان : (فان أباهما أي الفيئة والطلاق بعد أمر الحاكم ، طلق الحاكم نيابة عنه لانه حق توجب عليه وتدخله النيابة ، فإذا امتنع عنه ناب عنه الحاكم كقضاء الدين و العضل) [٥]

وبمثله جاء في مغني المحتاج [٦] ، ولذا عمم الزركشي القاعدة قائلا : (كل فرقة يجب على الزوج مباشرتها يقوم الحاكم مقامه فيها إذا امتنع ، إلا اختيار الزوجات وكذا الإيلاء على قول)[٧].

نماذج من فقه الحنابلة

من المعتمد عند الحنابلة أن الطلاق تدخله النيابة من الحاكم وهذه نماذج في الموضوع :

قال ابن قدامة في الإيلاء (فيكون الحاكم مناب الزوج كأنه وكيله يملك من الطلاق كما يملك الزوج واحدة أو ثلاث) [٨].

---

[١]- النفراوي ، الفواكه الدواني : ج٢ص٦٨ .
[٢]- القرطبي : الجامع لأحكام القرآن :ج٣ص١٥٥ .
[٣]- الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق : ص٧٨٠ .
[٤]-الشربيني ، الاقناع :ج٢ص٤٥٤ .
[٥]- ابن رسلان، شرح زبد ابن رسلان:ج١ص٢٦٧ .
[٦]- الشربيني ، مغني المحتاج :ج٣ص٣٥١ .
[٧]- الزركشي ، المنثور :ج٣ص٢٧ .
[٨]- ابن قدامة ، المغني :ج٧ص٤٣٧ .

وقال ابن مفلح في الإيلاء (في إحدى الروايتين يضيق عليه حتى يطلق ، والرواية الأخرى يطلق عيه الحاكم ، وهي أظهر لأنه حق تعين مستحقه فدخلت النيابة فيه كقضاء الدين) [١].

وقد عمم ابن تيمية القاعدة من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وعلل ذلك (لأنه حق واجب على الشخص فقبل النيابة فقام ذو السلطة مقامه) [٢] .

بعد استعراض تلك النقول نستطيع القول أن المذاهب الفقهية الأربعة مجتمعة قد أجازت النيابة الشرعية الحكمية عن الزوج في إيقاع الطلاق من قبل القاضي ، وهذا يشكل مبدأ عاما وقاعدة أصيلة عندهم يستند اليها الفقهاء في الحالات التي أجازوا فيها التفريق جبرا على الزوج بالتطليق عند امتناعه ، ولكن هذه النيابة ليست مطلقة عن الأسباب والموجبات كلما أراد القاضي أو رغبت المرأة ؛

فان الفقهاء وضعوا ضوابط و أسباباً وحالات ، جعلوا منها المناط الذي تدور حوله هذه النيابة وجودا وعدما ، ولم يتفقوا في مدى هذه الأسباب كما ونوعا ، وهذا الخلاف لا يضر بأصل المسالة ، وهو جواز تلك النيابة كأساس يعتمد عليه، ثم عند التفريق تناقش الحالات كل على حده، وفق المنهج الأصولي لكل مذهب لمعرفة أسباب الخلاف وتوجيهه .

وسنبحث في الفصل الخامس من هذه الدراسة إن شاء الله مناهج الفقهاء في هذه النيابة من حيث التوسع فيها والتضييق ، وهل هي الأصل في التفريق القضائي أو أن الفسخ هو الأصل وما يتبع ذلك من آثار و أحكام .

الصورة الثانية : فسخ العقد

يختلف الفسخ عن الطلاق في انه لا يحمل معنى النيابة عن الغير ، فان القاضي إذا حكم بفسخ العقد حكم من تلقاء نفسه دون إحالة الفسخ إلى طرف آخر ، و الأصل في العقود احترام شريعة المتعاقدين فيها بحيث لا يتم التدخل في عقود الناس التي نشأت صحيحة تامة بالتعديل أو الإبطال ، لان العقد إذا توافرت جميع ضوابطه الموضوعية و الشكلية المتعلقة بأهلية المتعاقدين أنبأ ذلك عن إرادتهما و التزاماتهما المتبادلة المبنية على الرضا فيما بينهما ، فتعديل العقد بعد ذلك أو رفعه بطلب طرف ورفض الآخر يشكل انحيازاً إلى أحد الطرفين لا يقبل وفق قواعد العدالة و الحياد ، وذلك ما لم يوجد ما يستوجب الفسخ من ضرر يلحقه طرف بالطرف الآخر أو عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية .

---

[١]- ابن مفلح ، المبدع :ج٨ص٢٨ .
[٢]- ابن تيمية ، الفتاوى :ج٢٩ص١٩١ .

ولذا وضع الفقهاء قواعد خاصة لإنهاء العقد التام بشكل عام منها الإقالة ، أو عدم إتمام العقد من الأصل باشتراط الخيار فيه ، وقد بحث الفقهاء والقانونيون هذا الأمر في اكثر من موضع وموضوع ، ففي المعاملات بحث الفقهاء الأمر في المفلس وبيع ماله ووكذا المحتكر وفي قسمة المال الشائع وبيعه عند عدم التراضي على القسمة ، وفي بيع مال فاقدي الأهلية وبيع مال المدين .

إلا أن هذه الأمثلة بعضها يمثل تصرفا بإنشاء عقد نيابة عن صاحبه ، وبعضها يمثل فسخ عقد كما في بيع المال الشائع فانه فسخ لشركة الملك بين الشركاء جبرا عن الممتنع .

إلا أن هناك أمثلة أخرى لكنها أكثر خلافية بين الفقهاء ، وهي ما يكون تعديلا للعقد أو فسخاً له ، وذلك تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ، والتي اعتمد بعض الفقهاء فيها على أحكام العذر لدى الحنفية و الجوائح لدى المالكية[١] ، حيث أعطى الفقهاء الحق للقضاء للتدخل في العقد لتعديله أو فسخه .

هذه الأمثلة الهدف منها أن نصل إلى نتيجة ، مفادها أن مسألة التدخل القضائي في عقد النكاح ليست أمراً مبتدعا فريدا من نوعه في أحكامه ، ولكن له شواهد أخرى ، وما عقد النكاح إلا أحد أفراد هذا التدخل في بعض حالاته .

و الأساس الشرعي لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي مبني على أمرين [٢] :

الأول : الحق وشرعيته ونظام المقاصد

فأحكام الشرع كلها جاءت لتحقيق مصالح البشر باعتبار ذلك من مقاصد الشارع ، والعقود في الشريعة الإسلامية شرعت على الجملة لتحقيق مصالح العباد ، وبهذا فهي تخضع لأحكام ومبادئ المقاصد ، لان الإخلال بها والانحراف عن مسارها الطبيعي التي وضعت من اجله إضرار بالناس منهي عنه .

بقي أن نقول ما مدى انطباق عقد النكاح مع جملة أحكام العقود ولماذا لا تنطبق عليه إن كانت كذلك .

الثاني : القدرة والاستطاعة

الأحكام الشرعية مبنية على القدرة والاستطاعة ، ورفع الضيق والحرج والمشقة عن الناس هو من باب الحاجيات المقاصدية ، والقدرة والاستطاعة تقوم على ركيزة داخلية ذاتية تكمن في النفس البشرية ذاتها ، و العقود بشتى أنواعها إنما امتزجت أحكامها بالدين و الأخلاق

---

[١]- انظر في ذلك : النعيمي ، فضل شاكر ، نظرية الظروف الطارئة ص١٥٨وص١٧٤ ، والترمانيني، عبد السلام ، نظرية الظروف الطارئة ص٤٧وص٦٠ .

[٢]- الرومي ، عبد الوهاب ، أسباب انفساخ العقد مجلة الحقوق ، جامعة الكويت، العدد الرابع ، ٢٠٠٣م ، ص١٦ .

مع ما يمازجها من تبادل الحقوق والواجبات والالتزامات ، وهذا له اثر في معنى ومضمون وآلية الامتثال لتلك الحقوق والواجبات والالتزامات ، و الأصل في العقد أن المتعاقد لا بد وان يكون قادرا على الوفاء بما تعاقد عليه ، فلا يصح التعاقد بما هو خارج عن إطار القدرة والتنفيذ، وهذا ابتداءً فإذا تم العقد مع وجود القدرة ثم استحال التنفيذ خرج الأمر مرة أخرى عن إطار القدرة والاستطاعة [١] .

وتأسيساً على ذلك ، فإن الأطراف المرتبطين بحقوق فيما بينهم والتزامات ، لا بد و أن يقوم كل طرف بأداء الواجب الذي عليه ، و إعطاء الحق لصاحبه نظير حصوله على حقه ، وذلك يكون رضائياً في الاتفاقات التعاقدية ؛

وفكرة اللجوء إلى القضاء إنما تمحورت في حال وجود النزاع والخلاف ويتمثل ذلك في أمور :

الأول : النزاع قد ينشأ من عدم وضوح الحقوق والواجبات والالتزامات في العقد ، فيفصل القضاء في بيانها ،ويفهم كل طرف ما له وما عليه ، وما يترتب على الاختلاف في التقديرات في المسائل المجتهد فيها ن والتي هي غير مقدرة أو محددة ، وتكون خاضعة إما للعرف أو القدرة أو الحال وغير ذلك مما لم ينشئ العقد فيها التزاما مقدرا نوعا وكما .

الثاني : النزاع قد ينشأ في حال رفض أحد الأطراف أداء الالتزام المترتب عليه ، الناشئ عن العقد بشكل رضائي ، فيتدخل المتضرر بالطلب إلى القضاء لإلزام الطرف الآخر للتنفيذ الجبري إن أمكن ذلك .

الثالث : النزاع قد ينشأ بسبب عدم قدرة أحد الأطراف على تنفيذ الالتزام المترتب عليه بواسطة العقد ، وذلك لظروف خارجة عن إرادته لم تكن في حسابه عند إجراء العقد ، فيطلب من القضاء التدخل لتعديل هذه الالتزامات، وإعادتها إلى حيز القدرة والاستطاعة .

العلاقة بين هذه المقدمات و فسخ العقد بين الزوجين

ليس العقد بين الزوجين عقداً مادياً ، المعاوضة فيه من كل جانب ، بل تنشا عنه التزامات أخلاقية أخرى غير مادية ، والتكييف السابق في التدخل القضائي الذي يسمح للمتضرر اللجوء للقضاء لإلزام الطرف الآخر بالتنفيذ الجبري لالتزاماته لا يسري على كل الالتزامات التي منشؤها عقد النكاح ،حيث إن الالتزامات الأخلاقية و المقاصدية لعقد النكاح لا يتصور في جميعها الإلزام الجبري لعدم تحققه واقعا ، ولعدم فاعليته ، وبهذا يكون قد اقترب من مسائل ونظريات أخرى تقترب من فكرة استحالة التنفيذ العقدي في عقد المعاوضات ، وتلك الاستحالة

[١]- الرومي ، عبد الوهاب ، أسباب انفساخ العقد مجلة الحقوق ، جامعة الكويت، العدد الرابع ، ٢٠٠٣م ، ص١٦ .

لأي سبب من الأسباب التي أوردها الفقهاء والقانونيون في المعاوضات تنتقل بالقضاء لمحاولة تعديل الالتزام أو فسخه في بعض الحالات .

وهذا الفهم هو ما نحاول تقريبه لمسائل التفريق حيث يستحيل التنفيذ الجبري ولا يزال الضرر إلا بتعديل الالتزام التعاقدي وحيث إن ذلك أيضاً يستحيل لارتفاع العقد عن صفة المعاوضة المجردة ، وانطلاقه من قضايا أخلاقية ومقاصدية ، فالسبيل الوحيد لإزالة الضرر هو حل العقد، سواء بالفسخ كما هو في المعاوضات ، أو بالفسخ والطلاق كما في الأنكحة، فيكون التدخل القضائي عنوانه إزالة الضرر بالطريق الوحيد المتبقي بعد نفاذ المحاولات السابقة عليه ، من دعوة الزوج إلى الالتزام بمقتضيات ومقاصد عقد النكاح ، وإبائه عن رفع العقد بإرادته ، فيحل القاضي محله ، ويقوم بالتفريق في حالة الطلاق ، أو بفسخ العقد غير المحقق لأهدافه ومقاصده.

وهذا قد ينطبق على الزوجة في حالات أخرى إذا كان الاختلال التعاقدي في الحقوق بسببها فالزوج وإن كان يملك إنهاء العقد بلفظه إلا أنه باللجوء للقضاء يطالب في حقيقة الأمر بتعديل الالتزام المالي الناشئ عن العقد نتيجة الضرر اللاحق به من زوجته .

كما أن ذلك ينطبق على الإلزام الشرعي في عدم تحقق مقاصد النكاح لخلل في مقاصده المطلوبة شرعا بحكم النص ، كأن تكون الزوجة لا تحل للزوج من الأصل ، أو بسبب طارئ استجد بعد العقد ، ولذا يقول ابن العربي المالكي بعدما أورد رأيا للحنفية (قيل فإذا ظهر الظلم من الزوج أو الزوجة ، فظهور الظلم لا ينافي النكاح ، بل يؤخذ من الظالم حق المظلوم ويبقى العقد) فأجاب على ذلك : (هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال ، فأما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر ، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه ، وكانت المصلحة بالفرقة وبأي وجه رأياها من المتاركة ، أو أخذ شيء من الزوج أو الزوجة جاز ، ونفذ عند علمائنا) [1] .

وفي هذه الحالة تكون المرحلة الأولى للتدخل القضائي هو الفصل في مسألة استحالة التنفيذ من عدمها ثم الانتقال إلى أثر الاستحالة على العقد .

[1]- ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج١ص٤٢٥ .

المطلب الرابع

مشروعية التفريق القضائي

الحديث عن مشروعية التفريق القضائي ، حديث عن مشروعية الفرقة بين الزوجين استنادا إلى سبب من الأسباب الموجبة للتفريق ، أو المجيزة له ، وهذا الاستناد يجعل التشابه قائما بين مشروعية التفريق القضائي و مشروعية الطلاق في نوع واحد منه ، وهو الطلاق حال وجود سبب يبرره ولذا فإذا أردنا أن نربط بين مشروعية التفريق ومشروعية الطلاق فلاتحاد السبب في النوع المذكور ، إذ لا يتصور أن يكون التفريق القضائي خاليا عن السبب ، سواء أكان سببا معنويا أو ماديا يخص الزوج أو الزوجة أو الولي أو الحالة الشرعية العامة المرتبطة بالنظام العام المقررة في التشريع ، إلا أن المشروعية في التفريق القضائي أوسع منها مجالا في حالة الطلاق الإرادي المنفرد من الزوج وذلك لتعلقها بعدة نواح :

١- المشروعية من حيث إن التفريق هو حل لعقد النكاح أو إنهاء للرابطة الزوجية وهو في هذا شبيه بالطلاق ومرتبط بمشروعية الطلاق .

٢-المشروعية من حيث دور القضاء وصلته بإنهاء عقد النكاح ومدى صلاحية القضاء للتدخل بين الزوجين في عقد شخصي بينهما .

٣-المشروعية في بيان الأسباب التي تجيز التدخل القضائي وطريقة تحديد تلك الأسباب

٤-المشروعية من حيث الجهة المثيرة للخصومة لدى القضاء وهي الجهة الطالبة للتفريق فمن هو صاحب الحق في طلب التفريق ومن الذي يشرع له إثارة الخصومة في هكذا أمر .

ولذا فإن الحكم التكليفي للتفريق القضائي يمكن تقسيم النظر فيه إلى قسمين بحسب الجهة مصدرة الحكم بالتفريق و الجهة طالبة التفريق :

القسم الأول : الجهة المصدرة لحكم الفرقة وهي القضاء .

إن القاضي عندما تم تنصيبه للنظر في خصومات الناس ، اعتبر هذا تكليفا له بمهمة إقامة العدل وإزالة الظلم ، و إعطاء الحقوق لأصحابها ، فمتى ما ترافع عنده خصمان وجب عليه أن ينظر في خصومتهما[١] ،ويحقق في ادعاءاتهما وفق الأصول المرعية عند الفقهاء و أهل العلم ، لأن نصب القضاء أمر واجب ، لاستناده إلى القيام بواجب شرعي ، وهو وسيلة مهمة من وسائل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[٢]. فإذا تعين هذا السبيل للفصل في

---

[١]- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٤ص ٣٧٣ .
[٢]- زيدان ، نظام القضاء ص١٤-١٥ .

الخصومة ووجد الدليل المجيز لإصدار حكم الفرقة وجب المصير إليه من قبل القاضي لتعذر طريق غيره.

إلا أن الجهة القضائية تنظر لحالات التفريق من خلال تقسيمها إلى طائفتين:

الأولى : حالات تعتبر الحقوق في طلب التفريق بسببها مرتبطة بأشخاص طالبيها ، لأنها من الحقوق الشخصية لهم ، فإذا تركوا المطالبة بها تَرِكوا ، ولا يحق للقاضي الاستمرار في الدعوى وإصدار القرار بالفرقة ، لتراجع المدعي عن دعواه ، ولا ينظر القاضي عندئذ في السبب الذي من أجله تم ترك الدعوى .

الثانية : حالات لا تعتبر من قبل الحقوق الشخصية المحضة ، لاشتراك الحق العام ، أو النظام العام فيها ، لأن فيها حقا لله في الحل والحرمة ، وهذه الحالات بغض النظر عمن يدعي بها ، فإن القاضي لا بد وأن يسير في الدعوى فيها وجوبا ، رعاية لحق الله تعالى، وذلك إلى أن يصدر حكمه بوقوع الفرقة أو عدم وقوعها ، ولا يقبل من الأطراف ترك الدعوى فيها ، وهذه الحالات هي ما سنفصلها في المبحث المخصص للتفريق بناء على طلب المدعي العام [١] .

القسم الأخر : الجهة طالبة التفريق

وهذه الجهة متصورة في الزوج ، أو الزوجة ، أو الولي ، أو طرف رابع وهو المدعي العام، فما هو الحكم التكليفي لطلب الزوج الفرقة ؟ ولطلب الزوجة ؟ ولطلب الولي ؟ولطلب المدعي العام؟ وسنبحث في المشروعية في كل جهة من جهات الطلب الأربع على النحو الآتي:

أولا : المشروعية في حال طلب الزوج

المشروعية في طلبه تتبع مشروعية الطلاق من قبل الزوج حال وجود السبب والمسوغ للطلاق ، لعدم جواز الادعاء بالفرقة لدى القضاء عند الخلو من سببها ، ففي الحالات التي اعتبرها الفقهاء هناك مباحة ، تأخذ الحكم ذاته هنا ، وهكذا في كل الأحكام الأخرى ، والذي يضاف هنا الحاجة لبيان مشروعية تعديل الالتزامات المترتبة على التطليق خاصة في الحقوق المالية لأن الزوج مع قدرته على الطلاق استقلالا لا يفعل ذلك ، رغبة في التخفيف عليه من تبعات الطلاق .

فعندما يتقدم الزوج إلى القضاء طالبا التفريق بينه وبين زوجته بحكم قضائي ، يثير طلبه هذا تساؤلات عديدة ، وذلك لإمكانية وصول الزوج إلى ما يريد بطريق أقصر ، وأقل جهدا، بكلمة ينطق بها ، ولكن لأنه يعلم ماذا ستكلفه هذه الكلمة من التزامات ، يحجم عنها ،

---

[١]- انظر المبحث الرابع من الفصل الثاني .

ويلجأ إلى القضاء ، وسنذكر تفصيل الأسباب لاحقا في هذا الفصل ، لكن الذي يعنينا هنا في المشروعية هو النتيجة ، وهي حصول الفرقة ، فما الحكم التكليفي الشرعي لطلب الزوج الفرقة ؟

لقد فصل الفقهاء الحكم التكليفي للطلاق في حق الرجل وما هو الأصل فيه. وهل تعتريه الأحكام الخمسة أم لا ؟ وذكروا نوعا من ذلك ، وهو الطلاق حال وجود السبب الموجب للفعل، وقرروا أن للرجل أن يطلق زوجته طلاقا مباحا لا حرج عليه فيه إن وجد السبب المشروع ، وقد أوصل بعضهم الحكم إلى الندب في حالات والى الوجوب في حالات أخرى .

ومن ذلك أن جعل الشيرازي الطلاق واجبا في حالتين وكذلك المستحب قال : (فأما الواجب فهو في حالتين أحدهما إذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق ، والثاني إذا آلى من الزوجة ولم يفيء إليها ، وأما المستحب فهو في حالتين إحداهما إذا كان يقصر في حقها في العشرة أو في غيرها فالمستحب أن يطلقها ، و لأنه إذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يفضي إلى الشقاق أو إلى الفساد ، والثاني ألا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها ، و لأنه لا يأمن أن تفسد عليه وتلحق به نسبا ليس منه) [١] .

ومن تلك الأحكام عند الحنابلة[٢] الندب والاستحباب وذلك إذا تضررت المرأة باستدامة النكاح حال الشقاق ، و الوجوب وذلك على المولي إذا أبى الفيئة .

ويمكن أن نقرر هنا أن الحكم الشرعي في طلب الزوج التفريق قضاء له حكم الطلاق بوجود السبب وذلك لاشتراط أن يتقدم الزوج بالسبب الذي لأجله يريد الفرقة ، لأن القضاء لا يبحث طلبا خاليا عن السبب ، لأن السبب هو مدار الإثبات والتحقق في العملية القضائية .

ثانيا : المشروعية في حال طلب الزوجة التفريق

المشروعية في طلب الزوجة التفريق بعد انعقاد العقد ،سواء قبل لزومه ، أو بعد اللزوم، تتمثل في أمرين :

أ- في حكم التدخل القضائي في إنهاء العقد بشكل عام .

ب- في مشروعية الأسباب المجيزة للتدخل .

إن المطلع والقارئ للنصوص الشرعية المتعلقة بطلب المرأة فراق زوجها يجد بين يديه أنواعاً عدة من النصوص ذوات الدلالات المختلفة في ظاهرها والتي يوجب بعضها جواز طلب

---

[١]- الشيرازي ، المهذب : ج٢ص٧٨ .
[٢]- البهوتي ، الروض المربع : ص٥٥٩ .

المرأة الفرقة ، وبعضها يدل على ذم المرأة طالبة الفرقة ، و طلب المرأة فراق زوجها قد يكون طلبا مباشراً من الزوج ، أو عن طريق القضاء ،إلا أن الغالب في الأمر أن تلجأ المرأة ابتداءً إلى زوجها طالبة الطلاق ، فإذا رفض طلبها ، لجأت في خطوة أخرى إلى القضاء ، ولذا فسنبحث طلب المرأة الطلاق من زوجها ابتداءً ، ثم نرى مدى انطباق هذا الحكم على طلبها الفراق بواسطة القضاء .

طلب المرأة الطلاق

لقد ذكر العلماء حكم طلب المرأة الطلاق في بحثهم لموضوع الخلع ، وقد اتجهت آراء الفقهاء للتشديد على المرأة في الطلب ، وعلى الزوج في القبول ، في حالة طلب المرأة الطلاق دون سب أو مبرر مشروع ، حيث كره الفقهاء لهما ذلك ، وقد حكموا بجوازه إن كان بسبب أو مبرر مشروع ، وذلك لأن طلب الطلاق دون سبب فيه إضرار بالمرأة وبزوجها، وفيه إزالة لمصالح النكاح دون حاجة [١] ، وقد نص على التحريم مثلا ابن قدامة [٢] وأسنده إلى الأحاديث الناهية عن طلب الطلاق لغير حاجة ، كالحديث الذي يرويه ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)[٣] والحديث المروي عن أبى هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(المختلعات هن المنافقات) [٤] ، كما اسند التحريم إلى النصوص العامة الناهية عن إيقاع الضرر للحديث (لا ضرر ولا ضرار) [٥] إلا أن ما ينبغي الإشارة اليه أن الفقهاء توسعوا في اعتبار الحاجة الداعية إلى الطلاق ، وشملت عندهم الأسباب المادية والمعنوية ، ومن الأسباب المعنوية المنصوص عليها عندهم ،أن تكره المرأة زوجها ، فوجود الكراهية سبب كاف لإجازة طلب الطلاق من قبل المرأة .

قال الشوكاني بعد ذكر أحاديث النهي والجواز :(وأحاديث الباب قاضية بأنه يجوز الخلع إذا كان ثم سبب يقتضيه فيجمع بينها وبين الأحاديث القاضية بالتحريم بحملها على ما إذا لم يكن ثم سبب يقتضيه) [٦] .

---

[١]- انظر في ذلك : ابن الهمام ، فتح القدير ص٢١٥ ج٤ ، الشربيني ، مغني المحتاج : ص٢٦٢ ج٣ ، البهوتي ، الروض المربع :ص ١٣٧ ج٣ .

[٢]- ابن قدامة ، المغني :ص ١٧٨ ج٨ .

[٣]- الحديث رواه الترمذي ، باب ما جاء في المختلعات ج٣ص٤٩٢ ، وقال حديث حسن .

[٤]- الحديث رواه الترمذي ، باب ما جاء في المختلعات ج٣ص٤٩٢ ، وقال إسناده ليس بالقوي .

[٥]- الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٦ ص٦٩ ،باب لا ضرر ولا ضرار . وقال ابن الملقن في تخريج الحديث : (قد رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازني مرسلا ، وابن ماجه مسندا من رواية ابن عباس وعبادة بن الصامت ، والطبراني من رواية ثعلبة بن أبي مالك ، والحاكم من رواية أبي سعيد الخدري وقال صحيح على شرط مسلم ، وقال ابن الصلاح حسن ، قال أبو داود وهو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه ، وأما ابن حزم فخالف في محلاه فقال هذا خبر لا يصح قط .

[٦]- الشوكاني ، نيل الأوطار : ج٧ ، ص ٤١ ك.

وقال ابن ضويان في منار السبيل :(ويكره الخلع مع استقامة الحال لحديث (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)) [1] .

وهذا الحكم كما يتضح من النقول السابقة يختص بطلب المرأة طلبا ذاتيا مباشرا من الزوج حيث يمكن في هذا الطلب أن يكون مسببا أو غير مسبب وتبقى الأمور في إطار العلاقة البينية بين المرأة و زوجها استجاب أو لم يستجب .

لكن في حال إصرار المرأة على طلبها الطلاق ، و إصرار الزوج على رفضه ، فان المرأة قد تلجا إلى القضاء ، والقضاء كي ينظر في طلب المرأة في حال تقدمها بدعوى لديه ، لا بد وان تسبب فيه المرأة طلبها ، وتبين الوجه الذي ترغب فيه للسير في دعوى التفريق ، ليمكن اعتبار دعواها دعوى صحيحة ، وليصح سؤال الزوج عنها ، والسير في إجراءاتها ، وهذا التسبيب من قبل المرأة سواء أسند إلى سبب مادي أو معنوي – وبما بين الفقهاء طريقه وحالاته المستوجبة للسير في دعوى المرأة التفريق – نتيجته المنطقية هي المشروعية ، وذلك لعدم تصور تجرد الطلب عن السبب لأنه لن ينظر فيه ، و المعتبر في ذلك كله ثبوت ذلك لدى القضاء ، أي ثبوت السبب الموجب للفرقة بطرق الإثبات المتعددة المقررة شرعا ؛

و ملخص ما ذكرت هو أن المرأة يشرع لها طلب التفريق قضاءً بوجود دواعيه ، مشروعية مرتبطة بالحق الشخصي للمرأة ، فهي القادرة على تحديد مدى قدرتها على الاستمرار مع زوجها بوجود السبب المبرر لها طلب الفراق ، و إن تغاضيها عن هذا السبب لمصالح قد تراها غالبة على الفرقة رغم تضررها أمر ممكن الوقوع ، وهو من حقوقها الخالصة ، و كذلك هي الأكثر صلة بقرارها إذا رغبت بالفرقة وتحققت من عدم قدرتها على الاستمرار في عقدها مع زوجها لوجود الأسباب المذكورة ، ولذا اشترط الفقهاء أن يكون التفريق بطلبها [2].

أما الأسباب التي يمكن أن تعتبر مشروعة أو صحيحة لطلب الفرقة ، فهي مما جرى فيه الخلاف بين الفقهاء ، خلافا يتسع ويضيق بحسب مناهجهم وأصولهم ، وهو مما سيبحث بالتفصيل في الفصل الثالث أن شاء الله .

---

[1]- ابن ضويان ، منار السبيل : ص٢٠٣ ج٢ .والحديث رواه الترمذي ، باب ما جاء في المختلعات ج٣ص٤٩٢ ، وقال حديث حسن .
[2]- الموصلي ، الاختيار:ص١١٥ج٣ .

ثالثا : المشروعية في حال طلب الولي.

المشروعية متحققة في طلب الولي في حال عدم تمام العقد ، وذلك لاختلال شرط من شروطه المتعلقة بالولي ، والجهة المتضررة بفقدان الشروط أو اختلالها هي الولي ، و هو يطلب رفع الضرر عنه حيث لم يثبت الرضى منه ، وهذا يشكل تجاوزاً على حقه في بيان رأيه في العقد ، وذلك لامتداد آثار العقد إليه وإلى من هم تحت ولايته ، إلا أن المشروعية هنا مرتبطة بحق شخصي ، وهو شخص الولي و قناعاته المستندة إلى أصل الحق المعطى له ، والحقوق الشخصية مرتبطة بأشخاصها طلبا وردا .

إن حق الولي في طلب الفرقة ينحصر في أسباب محددة تتعلق بحق الولي ، وحق من هم تحت ولايته ، وان الأنكحة التي للولي التدخل في إنهائها هي الأنكحة غير اللازمة ، وبما أن النكاح في هذا النوع لم يصل إلى درجة الإلزام ، فإن الولي لا بد وأن يوازن في الأمر بين المصلحة من إتمام النكاح ، أو طلب فسخه ، ويأخذ في اعتباره مصلحة الزوجة ومصلحة الأسرة التي هو مكلف برعايتها شرعا ، والاضطلاع بمسؤولياتها ، بما أعطاه الله من أمر فيها، وتصرفه فيها مبني على هذه المصلحة ، وهذا أمر واسع الاختلاف من عائلة لأخرى ومن بيئة لأخرى ضمن الخصال التي حددها الشرع ، ولا يمكن إعطاء حكم واحد لجميع الحالات ، ولذا جعل الشارع ذلك من الحقوق الخاصة التي يملك الولي تقدير المصلحة فيها بناء على اجتهاده الشخصي ، أو باستشارة من يعينه في ذلك ، وهو مستأمن على ذلك، ويدور الحكم التكليفي في حقه مع المصلحة والمفسدة في الأمر، وجوبا أو ندبا أو كراهة أو تحريما أو إباحة ، و إذا كان غير رشيد ، أو متعنت ، أو مضار ، فإن الشارع أعطى الحق عندها للمرأة للجوء للقضاء، لدفع العضل عند امتناع الولي عن التزويج ، إن لم يكن له ما يبرره .

رابعا : المشروعية في حال طلب الادعاء العام

بيان المشروعية بناء على طلب الادعاء العام متعلق بحتمية السبب المؤدي للادعاء ، ومشروعية التدخل لتعلق الأمر بالحل والحرمة ، المرتبطين بالنظام العام ، وحكم ذلك الوجوب أي وجوب الطلب ، وذلك لأن البقاء على العقد الفاسد والباطل لا يجوز ، يقول السيوطي : (تعاطي العقود الفاسدة حرام) [١] .

---

[١]- السيوطي ، الأشباه والنظائر : ج١ ص٢٨٧

طلب الادعاء العام له صورتان :

الصورة الأولى : تتمثل في وجود قضايا في المجتمع تعتبر من النظام العام ، التي لا يجوز تجاوزها ولو توافق على ذلك الأطراف ، لأن تجاوزها يشكل تهديدا للمجتمع وقيمه وحقوقه، ولذا فإن الشارع نصب كل واحد من أفراد المجتمع مدعيا باسمه ، مخاصما عنه ، في حال وجود مثل هذا التجاوز عليه ، عملا بقواعد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وقواعد الحسبة،

وبناء عليه فإن عقد النكاح له شروط واجبة الحضور ليكون الرجل حلا للمرأة ، حيث أن الأصل في الأبضاع التحريم ، ولا تحل إلا بما أحلها الله به ، فما كان من الشروط واجب الرعاية وجودا أو عدما ، يجب التحقق منه ، فإذا ثبت تخلفه كان لزاما على المسلم التدخل لإنهاء هذه العلاقة بين الرجل والمرأة ، القائمة استنادا إلى هذا العقد غير المستوفي شرائط صحته ، والذي يشكل وجوده خرقا لأحكام النظام العام ، وصورة التدخل لا بد وأن تكون متفقة أيضا مع النظام العام ، وذلك بالادعاء لدى القضاء للتحقق من الادعاء وأسبابه، والفصل في موضوعه بحسب الاجتهادات الفقهية المرعية والمعمول بها .

وهذا التدخل باسم الحق العام واجب شرعا في حال عدم جواز اجتماع الطرفين بما يظنان أنهما مرتبطان به برابطة زوجية مشروعة ، حيث إن مجرد صدور الإيجاب والقبول في حد ذاته لا يشكل تعاقدا صحيحا تترتب عليه آثاره من الحل والإباحة ، ولا يخرج العقد بفقدانه شروط صحته عن مجرد عقد حسي أو صورة عقد لا عقد شرعي ، قال ابن نجيم : (والمراد بالنكاح الفاسد النكاح الذي لم تجتمع شرائطه ، كتزوج الأختين معا ، والنكاح بغير شهود ، ونكاح المعتدة ، والخامسة في عدة الرابعة ، والأمة على الحرة ، ويجب على القاضي التفريق بينهما ، كيلا يلزم ارتكاب المحظور اغتراراً بصوره العقد) (١).

ويلاحظ هنا أن المسألة تحتاج من مدعيها إلى العلم والمعرفة بأحكام العقد وشروطه ، وما يصح منها وما لا يصح ، وهو ما قد لا يتوفر لكل إنسان ، خاصة في القضايا غير المشهورة، أو المسائل الخلافية ، وهو ما سيتم بحثه لاحقا بشكل تفصيلي عند الحديث عن أحكام الادعاء العام ، ولكن في هذا الموضع لا بد من بيان بعض متعلقات الموضوع في التفريق بين العقد الشرعي والعقد الحسي .

١- ابن نجيم، البحر الرائق: ج٣ ص١٨١.

إن ممن أشار إلى ذلك الشيخ مصطفى الزرقا[١] فقد لخص الموضوع وحققه ، ووصل إلى أن الوجود الحسي للعقد هو وقوعه بحركته وصورته المادية ، وهي صدور الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما ، وأما الوجود الاعتباري : فهو أن يعتبر الشارع العقد بعد وقوعه، ويعطيه صفة صلاحيته لترتب آثاره و أحكامه المقررة شرعا ، وما ينشأ عنه من التزامات وحقوق ، ولذا عرف الزرقا البطلان بأنه عدم اكتساب التصرف الوجود الاعتباري في نظر الشرع[٢] ، والبطلان يكون سببه الرئيس مخالفة التصرف للنظام الشرعي في ناحية جوهرية، ولذا فالعقد يكون من أصله كالعدم اعتبارا ، والبطلان بهذا الاعتبار هو من أقوى المؤيدات الحامية لأحكام الشريعة ، حيث يعامل المخالف بنقيض قصده فلا نرتب له على مخالفته الشرع أي أثر أو حقوق أو التزامات وهذا يدفعه إلى عدم التصرف إلا وفق قواعده الشرعية الصحيحة [٣].

<u>الصورة الثانية</u> : وتتعلق بالعقود الصحيحة التي طرأ عليها ما يمنع الزوجين من الاستمرار في الحياة الزوجية ، كثبوت طروء فرقة رافعة للحل بينهما بالطلاق أو غيره مع استمرار اجتماعهما عمليا ، فمن اطلع على ذلك وجب عليه من باب دفع المنكر المتمثل باجتماع رجل وامرأة لا تحل له أن يلجأ إلى القضاء ، مدعيا بذلك ، ليفصل القاضي في الأمر بعد بيان واقع الحال والتثبت منه .

ويلاحظ أن تكييف عمل القاضي في الفرقة حال طلبها من الادعاء العام يختلف عن طلبها من الزوجة أو الزوج أو الولي ، لأن الادعاء العام مسموح له التدخل في حالات فساد العقد وبطلانه أو انحلاله ، والقاضي في مثل هذه الأمور إنما يقوم بالتثبت منها، وتقرير الواقع الشرعي لها ، ولا يقوم بإنشاء فرقة كما هو الحال في مسائل التفريق الأخرى .

---

[١]- ويمكن الرجوع كذلك لما ذكره الدريني في الموضوع في كتابه بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ج١ص١٨٧ .
[٢]- الزرقا ، المدخل الفقهي : ج١ ص٦٥١-٦٥٢.
[٣]- الزرقا ، المدخل الفقهي : ج١ص٦٥٧ . وانظر الشاشي ، أصول الشاشي ،ج١ص١٦٨ والبعلي ، القواعد والفوائد الأصولية ج١ص١١٢ .

المبحث الثالث

العلاقة بين تطليق الزوج وتفريق القاضي

هناك عدة نقاط التقاء وافتراق بين قيام الزوج بطلاق زوجته ، وأن يقوم القاضي بالتفريق بينه وبينها بحكم قضائي ينهي العلاقة الزوجية القائمة بينهما ، ويمكن أن نجمل هذه العلاقة بنسبة كل نوع إلى الآخر كما يلي :

أولا : تطليق الزوج هو إنشاء للطلاق دائماً ، أما التفريق فيكون إنشاءً للفرقة في بعض الحالات، وذلك حال قيام العقد الصحيح ووجود موجب للفرقة كالتفريق بسبب إعسار الزوج عن دفع النفقة أو التفريق بسبب عدم الكفاءة وهكذا ، وقد يكون تثبيتا وتقريرا للفرقة لا إنشاءً لها ، وذلك في حالات فساد العقد وبطلانه ، أو طروء ما يفسده كالتفريق في حالة الردة أو ثبوت وجود محرمية رضاع بين الزوجين وأمثال ذلك ، أو في حالات قيام الزوج بالطلاق وإنكاره له.

ثانيا : فرقة الزوج بلفظه تكون طلاقاً دائما ، ولا تكون فسخا ، لأن الفسخ لا بد فيه من القضاء أو التراضي [1] ، أما فرقة القضاء فقد تكون طلاقاً ، وقد تكون فسخاً للعقد لا يحتسب من عدد الطلقات ، ولذا فإن الفرقة بالطلاق هي أحد نوعي الفرقة [2].

ثالثا : طلاق الزوج له صور عديدة ، فقد يصدر الطلاق كلاما ، مشافهة أو كتابة، وقد يكون بالإشارة المعلومة ، وقد يكون صريحا أو كناية على خلاف بين الفقهاء في ذلك[3] ، أما الفرقة القضائية فهي تصدر بواسطة حكم قضائي ويشترط لها ما يشترط في الأحكام القضائية من شروط ، وهي التلفظ به وكتابته وأن يكون صريحا واضحا .

رابعا : طلاق الزوج يقبل التعليق والإضافة أما تفريق القاضي فلا يكون إلا منجزا جازما، وقبول الطلاق للتعليق و الإضافة هو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية[6] و الحنابلة[7] .

---

[1] - الموصلي ، الاختيار :ص٩٤ج٣ ، ابن دوناس تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك :ص١٣٥ج٤ ، والاشارة الى التراضي كما في الخلع الذي عده بعض الفقهاء فسخا للعقد لا طلاقا .

[2] - انظر تفصيل ذلك في الفصل الخامس ، المبحث الأول والثاني من هذه الدراسة .

[3] - ومن ذلك اشتراط ابن حزم التلفظ ولا يقع الطلاق عنده بالكتابة ما لم يتلفظ به : المحلى : ج١٠ ص ١٩٦ واشتراطه ألفاظا معينة حيث لا يقع الطلاق باللفظ الكنائي ولو نوى المتلفظ الطلاق : المحلى ح١٠ ص١٨٦ .

[4] - السمرقندي ، تحفة الفقهاء : ج٢ص١٩٦ ، السغدي : فتاوى السغدي : ج١ ص ٣٦٣ .

[5] - القاضي عبد الوهاب ، التلقين : ص ٩٥ (طبعة وزارة الأوقاف المغربية) .

[6] - الشربيني ، مغني المحتاج ج٣ ص٣١٣ و الغزالي ، الوسيط : ج ٥ص٤٢٧ .

[7] - البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٧٢ (طبعة مؤسسة الرسالة)

وخالف في ذلك الظاهرية[١] الذين اشترطوا أن يكون الطلاق منجزا لكي يحكم بوقوعه ، وقد اعتمد قانون الأحوال الشخصية الأردني وقوع الطلاق المعلق والمضاف[٢] بينما اعتمد القانون المغربي عدم وقوع الطلاق المعلق[٣] .

خامسا : طلاق الزوج إن صدر من زوج مكلف شرعا ولم يكن في حالة دهش فإن طلاقه يقع لازما ، لا رجوع فيه ولا خيار ،ولا يقبل إقالة ولا طعنا[٤] ، أما تفريق القاضي فإنه وإن صدر جازما واضحا صريحا ، إلا أنه يخضع للقاعدة العامة للأحكام القضائية في قبولها للطعن والاعتراض والمراجعة ما لم تصدر الأحكام بوجه قطعي نهائي ، وذلك وفق ما تنظمه الأحكام المرعية في طرق التقاضي وأصول المحاكمات .

سادساً : طلاق الزوج ينقسم إلى سنة وبدعة [٥] ، أما تفريق القاضي فلا يقبل هذه القسمة حيث لا يراعى فيه الأوقات كما تراعى في الطلاق العادي .

والأصل في طلاق الرجل مراعاة وقت السنة فيه ، حيث قسم الفقهاء الطلاق إلى طلاق السنة وطلاق البدعة ، وإذا خالف ذلك فقد جانب السنة ووقع في النهي .

أما الحكم الشرعي لقرار القاضي بالتفريق وان كان يشبه الطلاق ، بجامع أن كلا منهما هو فرقة بين الزوج وزوجته ، إلا أنه لا ينطبق عليه تقسيم الفقهاء الطلاق إلى بدعة وسنة ، و لا يجب على القاضي قبل إصدار القرار التحقق من الشرط الوارد في طلاق السنة، وإن المدقق في أقوال الفقهاء يرى تأكيدا واضحا لذلك ، و لأسباب عديدة هي :

السبب الأول : أن الدعوى المنظورة أمام القاضي بعد انتهاء مداولاتها وتهيئها للفصل ، قد تحقق بذلك موجب الحكم فيها ، وإذا تحقق ، وجب الحكم بالفرقة ، ما لم يمنع من ذلك مانع ولا يطلب الشرع تأخير ما وجب [٦].

السبب الثاني : إن من العلل في طلاق السنة كما يذكر ابن قدامة هو لحق المرأة ، لعدم تطويل العدة عليها ، فإذا حصل الفراق بطلبها فيكون ذلك رضاء منها به ، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه [٧] .

١- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص ٢١٣ .
٢- المادة ٩٦ من القانون .
٣- المادة ٩٣ من مدونة الأسرة المغربية .
٤- مع ملاحظة اشتراط بعض الفقهاء الإشهاد وهو ما أخذ به القانون المغربي في المادة ٧٩ و ١٣٨ من مدونة الأسرة المغربية .
٥- وقد رأى ابن حزم عدم وقوع طلاق البدعة المحلى :ج٩ ص٣٥٨ .
٦- الخفيف ، فرق الزواج : ص ١٨-١٩ .
٧- ابن قدامة ، المغني : ص١٧٦ ج ٨ .

السبب الثالث : اشتراط الوقت المعين للطلاق هو من باب ضرورة أن يكون قرار الطلاق بعد فكر [١] ونظر وترو لما يترتب عليه من آثار ، والفرقة التي مصدرها القضاء لا تكون إلا بعد التروي المذكور لما فيها من مضي الوقت والتحقق ومحاولة الإصلاح فليست محلا للتسرع أو المفاجأة [٢] كما أن الفرقة القضائية شرعت في الغالب لدفع مضار قال النووي : (إن الفسوخ لا تنقسم إلى بدعة وسنة لأنها شرعت لدفع مضار نادرة فلا يليق بها تكليف مراقبة الأوقات)[٣].ومراعاة الأوقات في الطلاق هو ما اشترطه المالكية كذلك لاعتبار الطلاق سنيا .

سابعا : إن الزوج في حالة الطلاق العادي يتحمل كافة التبعات المالية المعقود عليها من مهر معجل ومؤجل ، فيلتزم بنصف ذلك قبل الدخول ويلتزم به كله بعد الدخول أو بعد الدخول أو الخلوة على الخلاف الفقهي فيما يستقر به المهر في ذمة الزوج ، أما في حالة التفريق القضائي، فإن الأمر يختلف بحسب نوع الفرقة وسببها والجهة التي طلبتها ، وفي ذلك تفصيل كبير ، فقد لا يترتب على الزوج أي تبعات مالية ، وقد يلتزم بجزء منها ، وقد يلتزم بها كلها ، فعلى سبيل المثال إذا تم فسخ العقد لعدم الكفاءة بطلب من الولي وذلك قبل الدخول فإنه لا مهر على الزوج عندئذ في هذه الحالة ، بعكس ما لو طلق الزوج من تلقاء نفسه فإنه يلتزم عندئذ بنصف المهر [٤].

ثامنا : التفريق القضائي لا بد وان يستند القاضي فيه إلى الأسباب الموجبة له ، ولا يجوز أن يخلو حكم بالتفريق من هذه الأسباب ، أما طلاق الزوج فإنه لا يشترط فيه إبداء الأسباب، و يكتفى فيه باللفظ الصادر عن الزوج من أهله في محله ، لتترتب آثاره الشرعية .

---

[١]- القاضي عبد الوهاب ، التلقين : ص ٩٤ .
[٢]- الخفيف ، فرق الزواج : ص ١٨-١٩ .
[٣]- النووي ، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي ،ط٣، ١٩٩١م، ص٩ج٨ . وانظر كذلك : الحصني ، كفاية الأخيار :ص٥١٧ .
[٤]- انظر التفصيل في ذلك الفصل السادس ن المبحث الأول من هذه الدراسة .

المبحث الرابع

أسباب طلب التدخل القضائي

كما تم تقريره في مقومات النظرية من ضرورة وجود جهة تطلب التفريق وتستند في طلبها إلى أسباب توجب الفرقة فإن هذا المبحث مخصص لعرض الأسباب التي تدعو كل جهة إلى اللجوء إلى القضاء طالبة التفريق بدءا من الزوجة ثم الزوج والولي ، وسأخصص لكل جهة مطلبا مستقلا كما يلي :

المطلب الأول

أسباب لجوء الزوج إلى التفريق القضائي

إن الزوج يملك إنهاء العقد القائم بينه وبين زوجته بتطليقها ، ودون مراجعة أحد أو توقف قراره على قبول أحد ؛ فهو صاحب القرار وصاحب الأمر في ذلك ، إلا أنه وفي بعض الحالات قد يلجأ إلى القضاء طالبا التفريق دون أن يستخدم حقه في التطليق ، ولجوء الزوج إلى هذا النوع من التفريق هو الذي يثير التساؤل حول الأسباب ما دام أن البديل الأقل جهدا ووقتا متوفر لديه ؛ إلا أن هذا الأمر لا يخلو من فائدة في حق الزوج ويمكن بيان الأسباب كما يلي:

الأول : ويتعلق بالآثار المالية لقرار التفريق على الزوج

إن الزوج يعلم يقينا أنه إذا قام بإنهاء العقد بإرادة منفردة منه ، وتصرف من قبله بالطلاق ؛ فإن ذلك سيرتب عليه أعباءً مالية تتمثل في حقوق الزوجة المالية الناشئة عن العقد والمتمثلة في مهرها الذي أجرى عليه عقد نكاحها ، بالإضافة إلى ما رتبته القوانين الحديثة للأحوال الشخصية من تعويض عن الطلاق ، فلذا فإنه يحاول التخلص من هذا الأثر بإيجاد وسيلة لتحميل الزوجة جزءا من التبعة المالية ، بإثبات أنها متسببة في الفرقة إذا كان يظن انه الطرف المتضرر من استمرار عقد النكاح ، وذلك كما يحصل في التفريق للشقاق بين الزوجين بواسطة الحكمين عند المالكية ،فإن للحكمين أن يقررا التفريق ، ويحددا مقدار الإساءة المترتبة على كل واحد منهما ، ليتم احتسابها من المهر[١] ، وهو ما أخذ به القانون الأردني[٢].

---

[١]- القاضي عبد الوهاب ، التلقين : ص ٩٨ .

[٢]- المادة ١٣٢ من قانون الأحوال الشخصية .

الثاني : ويتعلق بالآثار المعنوية لقرار الطلاق .

إن قيام الزوج بتطليق زوجته قد يسبب له آثاراً معنوية واجتماعية لدى الناس باتهامه بالظلم، وعدم احترام العشرة ، والإساءة للزوجة بتطليقها ،لذا فإنه يحاول تجاوز ذلك باللجوء إلى القضاء ليضع أسباب الطلاق بين يدي القاضي ، طالبا التفريق بموجبها ، ليصدر الحكم أخيراً بالتفريق من جهة قضائية تعفي الزوج من تبعات الطلاق المعنوية .

إضافة إلى أن الزوج قد يرغب في أن تكون أسباب الطلاق معلومة للناس ، لكي لا يلام على فعله كما في اللعان أو الإساءة للزوج ماديا ومعنويا .

الثالث : ويشترك فيه الزوج مع الزوجة ، وهو حالة الاشتباه في الحل ، فالفيصل في ذلك القضاء ، كما في فساد العقد في الرضاع ، أو طروء ما يفسد العقد بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة مثلا ، أو حدوث بعض الأفعال من أحد الزوجين التي قد ينسب مرتكبها إلى الردة ، فاللجوء إلى القضاء في هذه الحالات هدفه تقرير واقع و التأكد من آثاره .

الرابع : وهو سبب مرتبط بالحاجة إلى رفع الوجود الحسي للعقد الذي تم بين الطرفين، وإن كان ليس له وجود اعتباري من حيث ترتب الآثار ، وليفهم كل طرف عدم حله للآخر ، وتفهم المرأة حلها للأزواج ، فإنهما كما لا يجوز لهما البقاء على العقد الفاسد فإنها لا يجوز لها التزوج بآخر ما لم يقرر قضاءً فسخ العقد الأول ورفعه حكما[١] ، وذلك لعدم تسليط زوجين عليها ، أو لدفع الشبهة والظنون عنهما قانونا وفقها .

الخامس : ومما يمكن اعتباره من الأسباب ،ما يمكن أن يعتبره الزوج فائدة ناتجة عن الفرقة القضائية ، تتعلق باحتساب عدد الطلقات فإن الزوج يملك على زوجته ثلاث طلقات وقد لا يرغب الزوج مع وجود سبب الفرقة بإنقاص عدد الطلقات بينه وبين زوجته أملا بالرجوع إليها مستقبلا ومن باب الاحتياط له ، فلا يكون أمامه إلا القضاء وذلك لاعتبار الفرقة فسخا لا طلاقا إلا أن ذلك لا يكون إلا بناء على أسباب معينة ، ومن ذلك التفريق بين الزوجين بناء على اختلاف في فساد العقد كنكاح المُحرم ، فهو واجب الفسخ عند الجمهور[٢] وللزوج أن يطلق بإرادته عند المالكية أو بحكم القاضي والنتيجة هي التطليق واحتساب طلقة عليه [٣] بينما لا يقبل

١- الدمياطي ، اعانة الطالبين :ج٣ص٣٠٣ .

٢- الحصني،كفاية الخيار :ص٣١٦.، ابن النجار ،،منتهى الارادات :ج٢ص٩٥ .

٣- القرافي ، الذخيرة : ج٤ ص٢١٩ .

طلاقه عند الشافعية والحنابلة لفساد العقد ويفسخ دون طلاق بحسب القاعدة عندهم في ذلك [١] وقد تقرر عند المالكية اعتباره طلاقا لوجود الخلاف الفقهي فيه .

ومن ذلك التفريق للعيب فإن الزوج بعد الدخول إذا وجد عيبا بزوجته يملك أن يطلقها أو أن يرفع الأمر للقاضي للفسخ ، وفي كلا الحالين يجب عليه المهر ، لكن إن طلق حسبت عليه طلقة وذلك بخلاف الفسخ ، ولذا عندما نقل المرتضى نقل رأي الزيدية في المسألة ، نقل أن المذهب يرى أن الزوج إما أن يمسك أو يطلق إذا حصل الدخول ، حيث لا ثمرة للفسخ حينئذ بل هو والطلاق سيان للزوم المهر ، فقدم الجواب على ذلك قائلا : (فائدته توقي التثليث في الطلاق)[٢].

المطلب الثاني

أسباب لجوء الزوجة إلى التفريق القضائي

الزوجة تلجأ للتفريق بواسطة القضاء لعدة أسباب نستطيع أن نجملها بما يلي :

الأول : أنها لا تملك حل عقدة النكاح بحكم الأصل ، حيث أن المالك لحل عقدة النكاح بشكل منفرد هو الزوج لانه صاحب الحق الأصيل في ذلك.

الثاني : عدم تمليك أو تفويض الزوج لها طلاق نفسها سواء بالعقد أو بعده ، بمعنى أن الزوج لم يعطها هذا الحق الذي يملكه لكي تطلق نفسها نيابة عنه .

الثالث : عدم إجابة الزوج طلب المرأة التفريق أو الطلاق ؛ سواء كان مأمورا بالإجابة شرعا لوجود السبب أو غير مأمور ، فعدم إجابة الزوج لطلب المرأة هو الذي يدفعها إلى القضاء بغية إلزام الزوج بإجابة الطلب أو الحكم بالفرقة جبرا عنه .

الرابع : في حالات وجود فرقة بين الزوجين بطلاق أو غيره وفي حال إنكار الزوج وجود واقعة الفرقة فإن المرأة تلجأ إلى القضاء لإثبات ذلك ، حفظا للحقوق الشخصية والشرعية وما يتعلق بالحل والحرمة بين الزوجين.

الخامس : في حال اشتباه المرأة في كونها حلالا لزوجها أو لا ، وذلك في حالات فساد العقد أو طروء ما يفسده شرعا فإنها تلجأ للقضاء ليقرر الفصل في موضوع الحل والحرمة ظاهرا وباطنا بين الزوجين ، وعلى سبيل الإلزام خاصة في الحالات المجتهد فيها بين الفقهاء .

---

[١]- انظر تفصيل ذلك الفصل الرابع من هذه الدراسة ، المبحث الأول ، المطلب الثاني ، منهج الشافعية والحنابلة ثالثا ورابعا .

[٢]- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٦٤ .

السادس : تلجأ الزوجة أحيانا للقضاء من أجل المحافظة على حقوقها المالية والتي أنشأها عقد الزواج ، حيث ترفض الزوجة أحيانا الوصول إلى اتفاق رضائي مع الزوج على الطلاق حفاظا على تلك الحقوق ،مع أن الزوج قد يعرض الموافقة على الطلاق مخالعة رضائية أو على مال أو مقابل الإبراء بنوعيه الخاص والعام .

المطلب الثالث

أسباب لجوء الولي إلى التفريق القضائي

بما أن الولي ليس طرفا في العقد ، إلا أنه وبما أعطاه الشارع من حق في إمضاء عقد الزواج أو عدم إمضائه للأسباب الشرعية المعتبرة كعدم كفاءة الزوج [١] ، فان الشارع قد حافظ على حق الولي وذلك في حال إجراء العقد دونه لأي سبب من الأسباب ، إذ أعطى الولي في بعض الحالات صلاحيات عدم إمضائه إلا أنه لا يستطيع أن يقرر رفع العقد من تلقاء نفسه ، وذلك لانعقاده صورة وحسا ، فلا بد والحالة هذه أن يلجأ إلى من له الولاية العامة وهو القضاء طالبا رفع هذا العقد أو فسخه أو استكمال ما تم فيه من نقص .

المبحث الخامس

مقومات النظرية

كما ذكرت في مقدمة الدراسة فان كتابتي في التفريق القضائي تنحو منحى التأليف في النظريات الفقهية والذي أهدف من خلاله إلى تفسير مجموعة الأحكام الخاصة بالتفريق ووضعها في قواعد عامه يسهل درسها وفهمها ثم التعامل معها عند التطبيق والتقنين ، و المقومات الرئيسة التي تبنى عليها فكرة الموضوع بعد تعريفها وبيان مفهومها تتحدد في المقومات التالية:

المقوم الأول : الادعاء

و يتمثل في الجهة التي تتقدم بالطلب للقضاء بالتفريق وهي – بحسب التقسيم المنطقي لعقد الزواج و أركانه وشروطه والذي يعتبر الأساس في عملية التفريق حيث لا فرقة دون عقد – تنحصر في أربع جهات ؛ الزوج و الزوجة و الولي و الادعاء العام ؛ ولكل جهة من هذه الجهات أسبابها الخاصة الداعية لها لطلب التفريق بواسطة القضاء والتي سيتم الإشارة إليها في الفصل الثاني من الدراسة ، وسيتم من خلال طبيعة البحث وطريقة عرضه التعرض للأسباب

---

[١]- سيأتي تفصيل هذه الأسباب في المبحث الثالث من الفصل الثاني .

والحالات المجيزة لطلب التفريق والتي يتقدم بها الادعاء مع جهة الادعاء في مبحث واحد وذلك بعرض مذاهب الفقهاء كل وفق منهجه الخاص ، ولعل الدراسة الخاصة بالأسباب تكون من أهم مباحث الدراسة لأنها بمثابة العلة الضرورية التي ينتج عن تحققها الوصول إلى حكم الفرقة بين الزوجين ، مع التنبيه إلى اختيارات قوانين الأحوال الشخصية التي شملتها الدراسة ، فيما يتعلق بالأسباب والحالات الموجبة أو المجيزة لطلب الفرقة .

المقوم الثاني : الجهة التي تتولى النظر في الادعاء وإصدار حكم الفرقة

ويتمثل في الجهة التي يقدم لديها الادعاء وهي الجهة القضائية التي تملك سلطة فصل الخصومات بين الناس على وجه الإلزام ، وتملك الأمر بإعطاء صاحب الحق حقه وتمكينه من إنفاذه ، ونعني بالجهة القضائية القاضي صاحب الاختصاص الأصيل في الفصل في الخصومات وهذا لا يمنع من وجود جهة أخرى تخول لها هذه الصلاحية بحكم القانون وهي جهة التحكيم ، والتي تكتسب صلاحيتها في إصدار الأحكام من المشرع ذاته الذي ينظم طبيعة التحكيم وشروطه وكل ما هو ضروري بشأنه .

المقوم الثالث : الحكم الصادر بالتفريق

ويتمثل في نتيجة العملية القضائية وثمرتها بدءا من رفع الدعوى وإجراءاتها ، وصولا إلى الهدف منها وهو القرار الإلزامي المتضمن الحكم بالفرقة بين الزوجين وتحديد نوع هذه الفرقة وما يترتب على ذلك من آثار لاحقه تخص كل طرف من أطراف الدعوى ، وما يرتبط بذلك من إجراءات وطرق التقاضي والبينات المتعلقة بدعوى التفريق والتي سيتم التركيز فيها على القانون الأردني ذي العلاقة بالموضوع ، مع المقارنة الفقهية والتأصيلية له .

الفصـــــل الثـــاني

جهة طلب التفريق

وفيه أربعة مباحث :

الأول : طلب التفريق من قبل الـــزوج

الثاني : طلب التفريق من قبل الزوجة

الثالث : طلب التفريق من قبل الـــولي

الرابع : طلب التفريق من قبل المدعي العام الشرعي

المبحث الأول

طلب التفريق من قبل الزوج

أشرت في الفصل الأول إلى الأسباب التي تدعو الزوج إلى طلب التفريق بواسطة القضاء مع قدرته على إيقاع الفرقة بمجرد كلمة ينطق بها .

وهذا المبحث سنتعرض فيه إلى جانب متعلق بالزوج مرتبط باختياره اللجوء إلى القضاء وذلك من خلال بيان الحالات التي يمكن أن يجعلها الزوج سببا في ادعائه وطلبه التفريق، ومناهج الفقهاء في اختيار هذه الحالات ، وكذلك القوانين المختارة للدراسة ، وستكون طريقة البحث في هذا المبحث والفصل بشكل عام وفق أسلوبين الأول الأسلوب الوصفي والثاني الأسلوب التحليلي ، حيث سأفرد لكل مذهب من مذاهب الفقهاء عرضا مستقلا للحالات مع تحديد اتجاه المذهب في اختياره لها ، ثم بعد عرض كل المذاهب انتقل إلى مواطن الاتفاق والاختلاف، وعرض أسباب ذلك وصولا إلى بيان مجالات الاجتهاد في الحالات المختارة وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

مناهج الفقهاء في الحالات التي يبني عليها الزوج طلبه التفريق

وفق محددات الدراسة سيقتصر الأمر في هذا المطلب على بيان الفروع الفقهية و المناهج الأصولية في حالات التفريق لدى المذاهب الأربعة ضمن الفروع التالية :

الفرع الأول : منهج الحنفية .

إذا جرى العقد صحيحا بين الرجل البالغ المختار والمرأة فانه لا خيار فيه للزوج ، حيث ينعقد العقد لازما في حقه ، فلا يملك طلب التفريق و إنهاء العقد قضاء إلا في حالة واحدة وهي حصول اللعان الشرعي إذا نفى نسب الصغير أو اتهم الزوجة بالزنا [١].

و أما إذا طرأ على العقد ما يفسد الحلية بين الزوج والزوجة كفعل الزوجة ما يوجب حرمة المصاهرة كمعاشرتها ابن الزوج من غيرها [٢] ، أو تبين لاحقا أن العقد كان فاسدا عند انعقاده لاقترانه بما يوجب فساده أو لفقدان شرط من شروط صحة الانعقاد ؛ فللزوج في هذه الحالة طلب التفريق لتثبيت فساد العقد و إصدار قرار قضائي بذلك لعدم جواز البقاء على العقد

١- وقد توصلت إلى هذه النتيجة من خلال الاستقراء في الأبواب الفقهية ذات العلاقة ولم يكر الحنفية سوى حالة اللعان وحالة خيار الصغير كما سيأتي في التفصيل اللاحق .

٢- الكاساني،البدائع:ج٢ص٢٦١ .

الفاسد ، وحكم ادعاء الزوج في هذه الحالة هو حكم غيره من المدعين كالزوجة أو الولي أو أي مسلم عالم بالفساد رعاية لحق الله و حرماته وحفاظا على النظام العام [١].

تحليل المنهج

إذا انعقد العقد ووجد فيه خيار صحيح كخيار البلوغ بالنسبة للزوج فإن الزوج يملك فسخ العقد باستخدام هذا الحق ، إلا أن المحقق عند الحنفية عدم وجود سوى ذلك الخيار في حق الزوج ، مع تعدده في حق الزوجة كما سنلاحظه في المبحث الثاني من هذا الفصل [٢] ، وهذا الأمر يفسر ضيق حالات الفسخ قبل تمام العقد كما هو الحال بعد تمامه ، وذلك تبعا لمحدودية تشريع الخيار في حق الزوج قبل التمام ، وعدم جواز الفسخ بعد التمام ، ويمكن تفسير عدم إعطاء الحنفية الزوج الحق باللجوء للقضاء و طلب التفريق بعد تمام العقد لاعتبارات عديدة هي:

١- أن الزوج يملك الطلاق في كل حال ، ويستطيع إنهاء العقد متى شاء ،سواء كان متضررا أم لا ، وان كان متضررا فيستطيع رفع الضرر عن نفسه بطلاق زوجه من تلقاء نفسه.

٢- إن العقد إذا تم عند الحنفية ، فانه لا يقبل الفسخ ، وهو بالنسبة للزوج تام لا يوجد فيه ما يوقفه ، أو يوقف تمامه بخيار أو غيره [٣].

٣- الضرر وحده غير كاف لاعتباره سببا للفرقة ، لان الهدف من الخصومة القضائية إزالة الضرر ، والزوج قادر على ذلك دون اللجوء إلى القضاء ، حيث أن الحنفية لهم نظرتهم في طريقة إزالة الضرر حيث يلزم الطرف المضر برفع الضرر دون تعديل العقد، ويجبر على ذلك[٤] ، وقد يبدو هذا مستغربا عند الحنفية وهم من أوجد قواعد خاصة يسمونها مسائل العذر في باب الإجارة .

و الحالة الوحيدة المذكورة وهي اللعان، أجازها الحنفية لورود النص فيها ، وهو في الظاهر تفريق من قبل الزوج ، إلا أن التحقيق في تكييف الحنفية وتحليلهم للعان نرى فيه انه تفريق بطلب من الزوجة بالنتيجة ، وليس من الزوج ولكن اقترن اللعان ابتداءً بالزوج لأنه الجهة التي

١- سيأتي تفصيل ذلك وحالاته في المبحث الرابع من هذا الفصل .

٢- ومثال ذلك إعطاء الخيار للمرأة إذا حصل بها تغرير من قبل الزوج في حال اشتراط صفة معينة في الزوج تبين عدم وجودها في حين لم يعط هذا الحق للزوج إذا اشترط مثل هذه الصفة وعللوا ذلك بقدرته على إزالة الضرر بالطلاق ولأن الكفاءة ليست شرطا من جانب المرأة ، انظر الموصلي ، الاختيار:ج٣ ص١٠١ .

٣- ابن الهمام ، فتح القدير : ج٤ص ٢١٤ ، شيخي زاده ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر :ج٢ص١٤٢ ، مع الإشارة إلى استثناء حالة خيار البلوغ في تزويج الصغير وقد أخرجتها من البحث التزاما بمحدداته المقررة في المقدمة انظر الكاساني : البدائع :ج٢ص٣٣٦

٤- الزرقا ، المدخل الفقهي : ج١ ص ٤٠٣ حيث اعتبر الإجبار القضائي على التنفيذ من باب اعتبار الرضى السابق المطلوب لانعقاد العقد وهو استمرار له إلا إذا تعذر التنفيذ لأي سبب كان .

تدعي السبب المؤدي إلى اللعان وهو القذف بالزنا أو نفي النسب ، وأما الملاعنة ذاتها فسببها الزوجة لأنها هي التي تدعي القذف وتطالب بالعقوبة أو البينة وصورته كما يلي:

اللعان لم يجعل في الأصل للتفريق بين الزوجين ، و إنما لدفع الحد عن الزوج بقذفه الزوجة بالزنا دون بينة ، فان كذبته بالاتهام اعتبر قاذفا وعليه الحد ، ولا يزول عنه الحد إلا بالبينة أو بالأيمان ، والفقه في المسألة عند الحنفية كما قررته النصوص التي سأعرضها بعد قليل أن المرأة تطلب من الزوج الأيمان فإما أن يحلف أو يكذب نفسه ، أو يحبس حتى يفعل أحدهما فان فعل وحلف وجب عليها اللعان ، وتحبس هي حتى تلاعن أو تصدقه في اتهامه ، و يظهر من ذلك أن الأصل في اللعان ليس التفريق ، و إنما التفريق يأتي نتيجة حتمية له ، فبقذف الزوج زوجه بالزنا وحلفه الأيمان تحصل الحرمة بينهما ، وحصول الحرمة بينهما يفوت على المرأة الإمساك بالمعروف ، فوجب على الزوج التسريح بإحسان ، فان لم يفعل كان ظالما فيفرق القاضي بينهما نيابة عنه بطلقة .

فيظهر مما سبق أن اللعان من حيث أثره وهو الفرقة إنما تكون بطلب من الزوجة على الحقيقة إذا امتنع الزوج عن الطلاق بعد صدور الأيمان ،لأن القاضي لا يحكم بالتطليق إلا بعد رفض الزوج ذلك ، فيتعين التطليق من قبل القاضي نيابة عن الزوج ، ولذا فان الحقوق المالية الخاصة بالمرأة لا تنتقص شيئا باللعان ، ويترتب على الزوج جميع الحقوق كما لو أنه طلق بنفسه .

وهذا التصوير للمسألة يتوجه فيه الأمر بأن الزوج هو المأمور بأن يطلق بعد اللعان حيث لا تقع الفرقة بمجرد اللعان ، ولا يطلق القاضي عليه إلا بعد امتناعه ، وتطليق الزوج هنا واجب كما رأينا والمعاشرة قبله محرمة ، والبقاء على ذلك أمر محظور شرعا بالنسبة للحنفية ، ولذا فلا بد أن يطلق الزوج وحال رفضه يطلق عليه القاضي ، وهذا يجلي الأمر زيادة في أن التفريق للعان إنما هو لحق المرأة في أصله وليس بطلب من الزوج لأنه مأمور بالطلاق.

جاء في بداية المبتدي (إذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفى نسب ولدها ، وطالبته بموجب القذف ، فعليه اللعان فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه ولو لاعن وجب عليها اللعان فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) [١]

وجاء في شرح الهداية :(ويشترط للعان طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق)[٢]

١- بداية المبتدي :ج١ص٨٣ .
٢- الهداية : ج٢ص٢٣ .

قال ابن نجيم : (وسبب اللعان قذف الزوج لزوجته قذفا يوجب الحد في الأجنبية ، وأهله أهل الأداء للشهادة ، وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما ، و وجوب التفريق بينهما ، وقوع البائن بالتفريق) [١] .

فالزوج في اللعان هو قاذف ، والدعوى الأصلية التي يرفعها هي دعوى زنا الزوجة وليس اللعان ، وأرى انه ليس من الصواب وجود دعوى من قبل الرجل تسمى تفريقا للعان ولكن الزوج يرفع دعوى نفي نسب للصغير ، ويكون مدعيا فيها وهذه الدعوى تتضمن اتهام المرأة بالزنا ، فان كذبته يكون اللعان أحد إجراءات دعوى نفي النسب بالنسبة للرجل وكنتيجة حتمية لهذا الإجراء وهو اللعان يكون التفريق ونفي الولد ، أما أن يطلب الزوج اللعان قصدا فلا أرى وقوعه ، وكذلك الأمر في دعوى الزنا المجرد .

<u>واقع التقاضي الحالي في الأردن بخصوص هذه المسألة :</u>

لو كانت المحاكم الشرعية في الأردن لها اختصاص عام لكانت كافة مجريات القضية المتعلقة باللعان تقام لديها ولكن الاختصاص في مسائل الجنايات و العقوبات للمحاكم النظامية ، والمحاكم النظامية لا يطبق فيها القانون الإسلامي في مسائل الحدود ، وهذا يولد تداخلا في الاختصاص بين المحاكم ، لأن بداية الدعوى تكون قانونها الواجب التطبيق قانون العقوبات، إلا أن الإجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية وهي الملاعنة والتفريق بعدها فإن القانون الواجب التطبيق فيها القانون الشرعي ضمن المحاكم الشرعية ، وحلا لهذا التداخل أرى أن تحيل المحاكم النظامية الدعوى بعد إنكار الزوجة واقعة الزنا إلى المحكمة الشرعية، إذا طلبت المرأة اللعان من الزوج لإجراء الملاعنة و التفريق ثم إعادة القضية إلى مصدرها لتتميم إجراءات دعوى الزنا .

ويبقى أخيرا الحالات المتعلقة بفساد العقد لسبب طارئ أو مقارن فإن رفع الدعوى فيها لا يكون خاصا بالزوج ، وهو كما قلنا كغيره من الناس من حيث النتيجة وهي حكم الفرقة .

الفرع الثاني : منهج المالكية .

أجاز المالكية للزوج طلب التفريق قضاء وذلك في الحالات التالية :

١– التفريق بسبب الشقاق بين الزوجين[٢].

١- ابن نجيم ، البحر الرائق:ج٤ص١٢٢ .
٢- الفندلاوي ، تهذيب المسالك :ج٤ص١٣٧ .

٢- بسبب وجود تغرير وتدليس على الزوج [١] .

٣- بسبب العيوب المجيزة للفرقة حال وجودها في الزوجة[٢] .

٤- بسبب نفي الزوج نسب الصغير وحصول اللعان بين الزوجين[٣].

فالمالكية في الحالات المذكورة يستندون إلى أصولهم في الفقه في باب النكاح والطلاق والأصول المعتمدة عندهم في أحكام هذا الباب هي النص والقياس وقول الصحابي والمصلحة.

فالتفريق بسبب الشقاق يستند إلى النص في قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً) (النساء:٣٥) .

وقول علي رضي الله عنه في بيان الآية و هو : (جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئام من الناس فأمرهم علي رضي الله عنه فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ثم قال للحكمين تدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا ، قالت المرأة رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، وقال الرجل أما الفرقة فلا فقال علي رضي الله عنه كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به) [٤].

والتفريق بسبب التغرير استند فيه إلى القياس حيث تم قياس عقد النكاح على البيع عند اشتراط صفة معينة في المبيع .

أما التفريق للعيوب فالحكم فيه كان يستند إلى قول عمر رضي الله عنه ثم القياس على ما روي عن عمر ، أي اعتبار المروي الموقوف على الصحابي بحكم النص المرفوع ، ثم القياس عليه بجامع المعنى المشترك بينهما ، والحديث هو ما روى مالك في المؤطأ و الدارقطني وسعيد بن منصور والشافعي وابن أبي شيبة عن عمر أنه قال : (أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها ، وصداق الرجل على من غره) [٥].

ورواية الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال: قال عمر بن الخطاب (أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على وليها) [٦] .

١- مالك ، المدونة :ج٢ص٢١٢ ،ابن رشد ، البيان والتحصيل:ج٥ص١٢٥ .

٢- مالك ، المدونة :ج٢ص٢١١ ، الفندلاوي ، تهذيب المسالك :ج٤ص٧٧ .

٣- الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٤٦٧ .

٤- البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ج: ٧ ص: ٣٠٥

٥- الشوكاني ، الدراري المضية ج: ١ ص: ٢٦٣ وقال : ورجال إسناده ثقات .ابن أبي شيبة ، المصنف: ج٣ص٤٨٦، البيهقي ، السنن الكبرى:ج٧ص٢١٤ .

٦- مالك ، الموطأ :ج٢ص٥٢٦ .باب ما جاء في الصداق والحباء .

أما اللعان بعد نفي نسب الصغير فقد أعمل النص النبوي فيه الذي حكم بالفرقة بعد الملاعنه ، وهو عن عمرو عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين (ثم حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، لا سبيل لك عليها قال يا رسول الله مالي؟ قال : لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد لك منها) [١].

الفرع الثالث : منهج الشافعية

أجاز الشافعية للزوج التقدم بطلب التفريق في حالات ثلاثة وهي:

١-حالة اللعان[٢] . ٢-حالة التغرير إذا تبين تخلف وجود الوصف المشترط من قبله [٣] ويسمى خيار الخلف أي خلف الشرط ، وهذا على القول المصحح للعقد والقول الآخر في المذهب عدم صحة العقد لأن المعقود عليها ذات صفة معينة وهي غيرها المدلس فيها الخالية من الصفة[٤].

٣-حالة العيوب المجيزة للتفريق[٥] .

أما حالة التفريق للشقاق فهي قول مرجوح في المذهب[٦].

واستند الشافعية في حالة اللعان إلى النص ذاته[٧] المذكور في المتلاعنين[٨] ، وفي حال العيوب إلى النص ذاته أيضا[٩] ، ثم القياس على ما ورد في النص في سائر العيوب ، وجعلوا العلة في المنصوص هي ما يمنع الاستمتاع ويتعدى إلى الولد[١٠] قال الشافعي : (فإن قال قائل فهل فيه من علة جعلت لها الأثر قيل نعم الجذام والبرص فيما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب تعدى الزوج كثيرا وهو داء مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب بأن يجامع من هو به ، ولا نفس امرأة أن يجامعها من هو به ، فأما الولد فبين والله تعالى أعلم أنه إذا ولده أجذم أو أبرص أو جذماء أو برصاء قلما يسلم ، وإن سلم أدرك نسله ، ونسأل الله العافية) [١١]

١- رواه البخاري في صحيحه ج٥ ص٢٠٣٥ ، ورواه مسلم في صحيحه ج٢ص١١٣١ .
٢- الشيرازي ، المهذب :ج٢ص١٢٧ .
٣- البغوي ، التهذيب :ج٥ص٣٠٦ .
٤- الغزالي ، الوسيط : ج٥ ص١٦٦ .
٥- الشيرازي ، المهذب :ج٢ص٤٨
٦- الرافعي ، الشرح الكبير :ج٨ص٣٩٠ .
٧- يرجع في النصوص وتخريجها إلى ما ذكر في اتجاهات المالكية ، انظر الصفحة السابقة .
٨- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص٣٨٠ .
٩- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص٢٠٣ .
١٠- نفس المرجع .
١١- الشافعي ، الأم : ج٥ ص٨٥ .

وفي حالة التغرير إذا اشترطت الصفة استندوا فيها إلى القياس على عقد البيع [١] ،

و أما التفريق للشقاق فالقول المرجوح عندهم تم الاستناد فيه إلى الآية وما روي عن علي رضي الله عنه في بيانها ، قال الشيرازي : (واختلف قوله في الحكمين قال في أحد القولين هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما لان الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما وقال في القول الآخر هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض لقوله عز وجل فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين وروى عبيدة أن عليا رضي الله عنه بعث رجلين فقال لهما أتريان ما عليكما عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقال الرجل أما هذا فلا فقال كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لي وعلي ، و لأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما بغير رضاهما كما لو قذفها وتلاعنا) [٢] .

الفرع الرابع : منهج الحنابلة

الحالات عند الحنابلة هي :

١-حالة اللعان [٣] ٢-حالة العيوب المانعة للاستمتاع أو ما يخشى تعديها[٤] ٣-بسبب التغرير في وجه في المذهب وذلك بالشرط بمعنى أن يشترط الزوج شرطا في زوجته كالبكارة أو البياض وما شابه ذلك ثم يكتشف تخلف الشرط في الزوجة حيث تظهر واقعا بخلاف ما شرط وذكروا له[٥] ، ٤-لمخالفة الشروط التي يشترطها الزوج في العقد[٦].

أما الادلة الأصولية في الحالات فهي الاستناد إلى النص في مسألة اللعان[٧] ، والعمل بالقواعد الخاصة في الشروط في المذهب الحنبلي فيما يتعلق بالتفريق لعدم تنفيذ الشرط لاحقا حيث أعطي الخيار للمرأة في البقاء على العقد أو فسخه لمخالفة الشرط [٨] ، أو بتخلف وصف اشترط وجوده في أحد العاقدين عند العقد وذلك قياسا على تخلف الشرط في المبيع [٩] .

١- الشافعي ، الأم : ج٥ ص٨٣ ، البغوي ، التهذيب :ج٥ص٣٠٦ ، الغزالي ، الوسيط : ج٥ ص ١٦٦ .
٢- الشيرازي ، المهذب : ج٢ص٧٠ .
٣- المرداوي ، الإنصاف :ج ص ٩ ص ٢٥١ .
٤- المرداوي ، الإنصاف :ج ٨ ص ١٩٢ .
٥- ابن قدامة ، الكافي : ج٣ص٧٢ .
٦- البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٩١.
٧- ابن مفلح ، المبدع : ج٨ ص ٩٢ .
٨- البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٩١ ، ابن قدامة ، الكافي : ج٣ ص٥٥ .
٩- ابن قدامة ، الكافي : ج٣ص٧٢ .

و أما التفريق للعيوب فقد تم الاستناد فيها إلى النص ثم القياس عليه بجامع معنيين الأول ما يمنع الاستمتاع والآخر ما يخشى تعديه من الأمراض قال ابن قدامة : (فمن وجد بصاحبه عيبا منها – أي الغيوب المنصوص عليها في المذهب – فله الخيار في فسخ النكاح لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البسي ثيابك والحقي بأهلك [1] فثبت الرد بالبرص بالخبر وقسنا عليه سائر العيوب لأنها في معناه في منع الاستمتاع) [2] وأضاف : (وما عدا هذه العيوب كالقرع والعمى والعرج لا يثبت به خيار لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه) [3].

الفرع الخامس : منهج الزيدية

الحالات التي يسمح للزوج أن يطلب التفريق بسببها وفق مذهب الزيدية هي :

١-حالة اللعان[٤]

٢-حالة وجود العيوب المعتمدة في المذهب في الزوجة[٥] والعيوب المنصوص عليها هي الجنون والجذام والبرص والقرن والرتق والعفل ، والعلة في هذه العيوب منعها من مقصود النكاح ، ويحصر الزيدية العيوب في هذه حيث لا دليل عندهم على ما سواها كما أن المذهب لا يعترف بالعيوب التي تؤدي إلى العدوى من الأمراض المختلفة وذلك لأن المذهب لا يعتقد بتأثير العدوى للحديث (لا عدوى) [٦] ولذا فهم لا يجيزون التفريق بسببها [٧] .

٣-حالة الإكراه وذلك إذا أكره الزوج على إجراء العقد دون اختيار منه [٨] .

٤-حالة عدم كفاءة الزوجة لزوجها [٩] .

٥- لوجود الشقاق بين الزوجين[١٠].

ويجيز الزيدية التفريق بسبب عدم الكفاءة لأن الكفاءة عندهم معتبرة من الجانبين وليس من جانب الزوج فقط وهي ليست شرط صحة وتسقط برضا الزوجين والولي[١١] ، وهي من حيث الفقه تلحق عندهم بعدم الكفاءة [١٢] .

١- البيهقي ، السنن الكبرى :ج٧ص٢٥٦ ، والحديث ضعفه ابن حزم في المحلى ج٩ص٤٨٦ وكذلك الصنعاني في سبل السلام ١٣٥/٣ .
٢- ابن قدامة ، الكافي : ج ٣ص٦٠ .
٣- ابن قدامة ، الكافي : ج ٣ص٦١ .
٤- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص ١٨٦ .
٥- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص٢٢٣ .
٦- الحديث أخرجه مسلم في صحيحه باب لا عدوى ولا طيرة عن أبي هريرة ج ٤ص ١٧٤٣ .
٧- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٦١-٦٢ .
٨- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص
٩- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص٢٢٣ .
١٠- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٩٠ . وهي فرقة الحكمين .
١١- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص٦٨
١٢- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص ٦٣ .

المطلب الثاني

مواطن الاتفاق والاختلاف

تلخيصا لما سبق عرضه فقد اتفق الفقهاء على موضع واحد يجيز التفريق بطلب من الزوج وهي حالة اللعان وذلك لاتفاقهم على النص الوارد فيها وعلى دلالته وغرضه .
وقد أشرت إلى سبب اعتبار هذا النوع من الحالات المضافة إلى الزوج عند عرض منهج الحنفية .
وما سوى تلك الحالة فهي من الحالات المختلف فيها وهي :

التفريق للشقاق أو الضرر ، وقد أجازها المالكية والزيدية دون غيرهم ، والتفريق للعيوب أجازه الجمهور عدا الحنفية ، والتفريق لمخالفة الشرط أجازه الحنابلة دون الجمهور.
والسبب في اختلافهم في التفريق للشقاق هو اختلافهم في تفسير النص الوارد فيه واختلافهم في فهم النص المفسر له الوارد عن علي رضي الله عنه ، فقد فهم المالكية أن المقصود من الحكمين انهما حكمان فعلا ، لهما الأمر واليهما مآله[١] ، وهذا وجه عند الشافعية[٢] ، أما غيرهم فقد فهموا أن المقصود بالحكمين انهما وكيلان ليس لهما من الأمر شيء إلا بإذن الزوجين وهم الحنفية[٣] والحنابلة[٤] ، أما مسألة التفريق للعيوب فمن أجازها من الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية والزيدية اعتمد على النص الوارد عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه ثم جعل ذلك أساسا للقياس عليه في الحالات المتحققة فيها العلة المختارة ، ومن منع من الحنفية فقد قصر النص على ما ورد عليه دون إجراء قياس فيه ؛

أما مسألة التفريق لمخالفة الشرط فهو إعمال كل مذهب لقاعدته في الشروط ، والحنابلة لهم منهج خاص في ذلك وقد اعملوه في باب النكاح إضافة إلى العقود الأخرى كما أوردت في موضعه ، وغيرهم استند إلى أصله في الشروط المقترنة بالعقود فيما تقتضيه وما لا تقتضيه[٥].

١- الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ : ج ٣ص٢٧٥ .
٢- الشيرازي ، المهذب : ج٢ص٧٠ .
٣- الجصاص ، أحكام القرآن : ج٣ص١٥١ .
٤- البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٢١١
٥- البهوتي ، الروض المربع : ٥٢٤ وما بعدها .

المطلب الثالث

تحديد مجالات الاجتهاد

من خلال الأقوال والآراء الفقهية المتعددة وبعد فهم المنهج العام للفقهاء يمكننا بعد ذلك استعراض المجالات التي جرى فيها الخلاف وتعدد وجهات النظر في فروع الحالات كما في أصولها ، حيث يمكن أن يتفق مذهبان أو أكثر على حالة ما ثم يفترقان في كثير من فروعها، وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على السعة الاجتهادية في النظر في حالات التفريق عند التطبيق وملاحظة تعدد طرق الاجتهاد والتأصيل في التعاطي معها مع قلة النصوص الدالة بالشكل المباشر على مثل تلك الأحكام ، وكل ذلك يزيد من قوة الاتجاه الناظر إلى الطبيعة الاجتهادية المرنة في مسائل الأحوال الشخصية الهادفة إلى تحقيق مقاصد التشريع من خلالها وفق منظور عملي ، بعيد عن مجرد الركون والاحتماء خلف القول بنفي التعليل فيها والتعبد المحض .

وفيما يلي نماذج من الصور التي تظهر مجالات الاجتهاد في تلك الحالات :

أولا : المسألة المتفق عليها وهي اللعان

بينا أن الفقهاء اتفقوا في أمر الفرقة الواجبة باللعان ، لكن هذا الاتفاق لم يخل من خلاف في فرعيات جزئية في مسألة اللعان عند التفصيل والتطبيق و المجالات التي تعرضت لاجتهاد الفقهاء فيها في اللعان كانت كما يلي :

١- في الحالات التي يصح فيها اللعان

اشترط الحنفية للعان أن يكون النكاح صحيحا وقائما وقت إجراء الملاعنة ،

و أجاز الجمهور اللعان بعد الطلاق إن تم القذف بالزنا أثناء الزوجية .

فعند المالكية يشترط أن يكون القذف في فترة النكاح أو العدة ويصح اللعان وإن خرجت بعد ذلك عن أحكام الزوجية ولا يشترطون العقد الصحيح للعان [١] .

وعند الشافعية لا يشترط العقد الصحيح فيكفي العقد الفاسد أو الوطء بشبهة عند وجود الولد لنفي النسب كما يكفي سبق العقد للعان إن كان المقصود درء الحد[٢] .

وأجاز الحنابلة اللعان لو نسب الزوج الزنى إلى وقت النكاح ولو كان فاسدا إذا كان بينهما ولد لأن المقصود عندئذ نفي النسب [٣] .

١- الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٤٥٧-٤٥٨

٢- الشربيني ، مغني المحتاج :ج٣ ص٣٨٢ .

٣- ابن مفلح ، المبدع : ج٨ص٨٣ .

و أما الظاهرية فيشترطون أن يكون القذف في نكاح أو في عدة الطلاق الرجعي ، ولا يشترط العقد في وقت إجراء اللعان [١].

٢- كما جرى الخلاف في الفرقة الواقعة باللعان هل هي فسخ أو طلاق .

فهي فسخ عند جمهور الفقهاء من المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية [٥] والزيدية[٦] وطلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن [٧] .

٣- و جرى الخلاف في وقت حصول الفرقة في اللعان هل هي بعد لعان الزوج أو بعد لعانهما معا ، أو بتفريق القاضي ، فالقاضي في الحالتين الأوليين يحكم بثبوت الفرقة بعد حدوثها ، أما على القول الثالث فان القاضي هو الذي يفرق .

فالفرقة عند الحنفية [٨] والحنابلة [٩] تحصل بتفريق القاضي بعد التعانهما.

وعند الشافعية تترتب أحكام اللعان بمجرد لعان الزوج فقط دون اشتراط تفريق القاضي أو لعان المرأة [١٠] ، والفرقة عند المالكية تحصل بمجرد لعان الزوجة[١١] ، وعند الظاهرية تحصل الفرقة بالتعان الاثنين دون تفريق من القاضي [١٢] .

ثانيا : مجال الاجتهاد في حالة التفريق للعيوب :

١- ماهية العيوب التي يجوز التفريق بسببها و العلة فيها .

العيوب المجيزة للتفريق عند المالكية هي الجنون والجذام والبرص والقرن والرتق والعفل وبخر الفرج [١٣]

وعند الشافعية [١٤]: هي خمسة الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن .

وهي عند الحنابلة الرتق والقرن والعفل والفتق واستطلاق البول وقروح الفرج والباسور والناصور والجنون والجذام والبرص وبخر الفم [١٥] .

٢- وقت حدوث هذه العيوب ، قبل العقد أو ما يطرأ بعد العقد .

١- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص١٤٨ .
٢- الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٤٦٧ .
٣- الشربيني ، مغني المحتاج :ج٣ ص٣٨٠ .
٤- ابن مفلح ، المبدع : ج٨ص٩٢ .
٥- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص١٤٤
٦- العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص٢٢٣ .
٧- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص ١٦٩ . ولذا اشترط الحنفية تفريق القاضي حيث أن الفرقة لا تتم بمجرد اللعان .
٨- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص ١٦٩ .
٩- ابن مفلح ، المبدع : ج٨ص٩٢ .
١٠- الشربيني ، مغني المحتاج :ج٣ ص٣٨٠ .
١١- الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٤٦٧ .
١٢- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص١٤٤ .
١٣- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٢ .
١٤- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص١٥٩ . وهناك أراء في المذهب في عيوب أخرى .
١٥- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٢٨

يشترط المالكية[١] حدوث العيوب قبل العقد أي أن يكون العيب مقارنا للعقد والشافعية عندهم قولان في ذلك [٢]. وأما الحنابلة فالمذهب عندهم جواز طلب الفرقة ولو حدث العيب بعد العقد لما فيه من النفرة[٣] ، وهو المذهب عند الزيدية قياسا عندهم للعيب على العين المستأجرة بجامع كون العقد على المنافع بشرط عدم الدخول لأن الدخول هو في حكم استيفاء المنفعة وخص من ذلك عيوب الجنون والجذام والبرص فيثبت الفسخ فيها وإن حدثت بعد الدخول لأنها مما تعافه النفس [٤] .

٣- نوع الفرقة الحاصلة بسبب هذه العيوب .

والفرقة بذلك طلاق عند المالكية [٥] وفسخ عند الشافعية [٦] والحنابلة[٧] .

٤- من الذي ينشئ الفرقة الزوجة أو القاضي .

لا بد من حكم الحاكم عند المالكية لأن الفرقة عندهم بالعيوب طلاق ولا تملك المرأة طلاق نفسها، والأمر كذلك عند الشافعية[٨] والحنابلة حيث لا بد في الفسخ من حكم الحاكم عند الحنابلة سواء فسخ الحاكم أو أمر من له الخيار بالفسخ بعدة ثبوت موجبه لديه[٩] .

ثالثا : مجال الاجتهاد في التفريق لمخالفة الشرط :

مجال الاجتهاد فيها هو في اعتمادها من عدمه حيث اختص مذهب الحنابلة في التفريق لمخالفة الشرط ، كما أشرت في موضعه .

١- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٣ .
٢- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص١٦٢ .
٣- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٢٩ .
٤- العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص ٦٥ و ٦٦ .
٥- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٣ .
٦- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص١٦٣ .
٧- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٢٨ .
٨- الماوردي ، الاقناع : ص ١٣٨ .
٩- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٢٩.

المطلب الرابع

اختيارات قوانين الأحوال الشخصية

الفرع الأول : قانون الأحوال الشخصية الأردني

الحالات الواردة في القانون التي أعطت الزوج حق طلب التفريق على أساسها :

١- التفريق للعان وذلك حسب المذهب الحنفي مرجع القانون فيما لا نص عليه .

٢- التفريق للشقاق وذلك وفق المادة (١٣٢)

٣- التفريق للعيوب الجنسية المانعة للوصول أو المنفرة وذلك وفق المادة (١١٧) .

٤- التفريق للفقد وذلك وفق المادة (١٧٧)

٥- التفريق للإكراه وذلك وفق المادة (٣٤) [١] .

٦- التفريق لمخالفة الشرط وذلك وفق المادة (١٩) .

الفرع الثاني : المدونة المغربية

الحالات المعتمدة في القانون المغربي

١- في حالة اللعان بحسب المذهب المالكي مرجع القانون المغربي .

٢- في حالة الشقاق وذلك وفق المادة (٩٧)

٣- حالة التغرير والتدليس وذلك وفق المادة (٦٠و٦٦)

٤- في حالة الفقد وذلك وفق المادة (٧١)

٥- التفريق للعيوب وذلك وفق المادة (١٠٧)

٦- التفريق للإكراه وذلك وفق المادة (٦٣)

الفرع الثالث : مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري

نص مشروع القانون على خمس حالات يمكن للزوج طلب التفريق بسببها وهي :

١-التفريق لمخالفة الشرط وذلك بموجب المادة ٦٧ من المشروع ، والشرط الذي يتم التفريق بمخالفته الذي يلتزم به للزوج بمصلحة مشروعة وتقيد حرية الزوجة في أعمالها الخاصة ، فهذه

١- وقد خالف القانون المذهب الحنفي في حكم زواج المكره حيث اعتبره الحنفية منعقدا ، انظر الكاساني ، البدائع : ج ٢ص ٣١٠ .

الشروط لا تلزم الزوجة بها قضاء ويكون للزوج حق الفسخ في حال مخالفتها استفادة من اشتراطها ، ومن أمثلة ذلك اشتراط الزوج عليها أن تعمل عملا معينا [١].

٢-التفريق للغرر والتدليس وذلك في حالة اشتراط صفة معينة في الزوجة والعقد على أساسها ثم تبين للزوج تخلف الصفة ، عندها أعطى القانون الحق للزوج طلب فسخ النكاح للتغرير به لتخلف هذه الصفة المشروطة ، وذلك كأن تكون البنت بكرا أو على هيئة ما ونحو ذلك [٢].

٣-التفريق للمضارة والشقاق في حال عدم استطاعة دوام الزوجية [٣].

٤-التفريق للعيوب ، وقد اتجه المشروع إلى التوسع في العيوب بوضع ضابط لها دون النص عليه ، والضابط هو العلل المنفرة والعلل المضرة والعلل التي تمنع المتعة الجنسية ، وسواء حدثت قبل العقد أو بعده جاز طلب التفريق بسببها [٤].

٥-التفريق بسبب الإكراه على العقد ، فقد اعتمد المشروع أن العقد مع الإكراه عقد موقوف غير لازم ولكنه يقبل الإجازة من المكره ، ولذا فإن لم يقبل المكره الإجازة فله طلب فسخ العقد [٥] .

وهناك حالة سادسة لم ينص عليه في القانون صراحة وإنما تخضع للمادة ٤٠٩ في الإحالة على الراجح من مذهب الحنفية وهي حالة اللعان ، بحيث يمكن للزوج من خلال الملاعنة إنهاء العلاقة الزوجية وقد ذكر واضعوا القانون عدم النص على ذلك لأن المواد الخاصة باللعان أخذت من غير المذهب الحنفي وترك أمر الفرقة إلى المذهب الحنفي لأنه أوسع المذاهب في إجازة عودة الزوجين بعقد جديد كما هو رأي أبي حنيفة ومحمد بين الحسن إذا أكذب الزوج نفسه [٦] .

ويلاحظ أن القوانين قد أخذت بمجمل أقوال الفقهاء دون نظر إلى طريقة معينة في الاستدلال، وقد وجد المقننون المصلحة في الجمع بين الأقوال للتوسع في اختيار الحالات ، وذلك لوضع الخيارات العديدة أمام المجتمع والقضاء لمعالجة أي إشكاليات محتملة بين الزوجين وبما يضمن العدالة بينهما في تعدد الحالات المجيزة للتفريق ، أخذا بعين الاعتبار الالتزامات الملقاة على كل طرف لأن السماح لأي طرف بطلب الفرقة هو فرع عن إخلاله بالتزاماته تجاه الآخر فكلما اتسعت دائرة الالتزام زادت احتمالية الإخلال من حيث النوع وينتج عنه زيادة في الحالات المجيزة للتفريق ولذا سنلحظ أن الحالات التي تجيز التفريق للمرأة هي أكثر من تلك

١- انظر التفصيل في ذلك الزرقا ومجموعة من العلماء ، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد : ص ١٢٠ .
٢- المادة ٦٧ من المشروع .
٣- المواد٩٦- ١٠٣ من المشروع .
٤- المادة ١٠٦ من المشروع .
٥- المادة ١٣١ من المشروع .
٦- انظر التفصيل في ذلك الزرقا ومجموعة من العلماء ، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد : ص ٢٨٦ .

التي في جانب الزوج . وهذا التعليق ينقلني مباشرة إلى المطلب التالي الذي أوضح فيه الـرأي المختار في الحالات.

المطلب الخامس

الرأي المختار ومنهج الاختيار

من خلال عرضنا لمناهج الفقهاء فقد رأينا الاختلاف الحاصل بينهم في الحالات المجيزة للرجل طلب التفريق ، كما استعرضنا عدة مجـالات للاجتهـاد فـي كـل حالـة مـن الحالات،ويتضح من كل ذلك أن الحالات ليست مبنية على أصول قطعية متفق عليهـا وان كانت تستند إلى أدلة مقبولة عند القائل بها ، وقد رأينا أن الحالات المذكورة تعدد الاسـتناد فيها من النص إلى قول الصحابي والقياس وصولا إلى المفاهيم والقواعد العامة المستندة إلى مجموعة من النصوص كمسألة الشروط عند الحنابلة .

و هذا في رأيي رسم لمنهج عام يمكن الاعتماد عليه في اختيار الحالات في الاستناد إلى أي من الأصول المذكورة بعد التحقيق والتمحيص في إخراج تلك القواعد والأدلة على واقع الناس منظورا فيه إلى الأثر والمآل .

وبذلك لا أخرج عن قواعد الأصول ولا أقول بالتلفيق فيها ، و إنما هي أصول مرعية يمكن الاستناد إليها ، لا فرق بين النكاح وغيره ، فالأصل اصل سواء في البيع أو النكاح أو العقوبة ، فإذا قبلنا قول الصحابي في مسألة فرعية في البيع ، فلماذا لا نقبلها في النكـاح وفرقه ، ليستقيم المنهج أصولا وفروعا ، إلا أننا يمكن أن نجمل اتجاه الفقهاء في حـالات التفريق بطلب من الزوج فيما يلي :

١- أسس الفقهاء الحالات على أن الزوج يملك الفرقة بنفسه بالطلاق ويتمكن مـن إزالـة الضرر الواقع عليه بذلك ، فلا داعي للتوسع في لجوئه إلى القضاء في أمر هو يملكه.

٢- وهذا التأسيس صحيح وسليم ، إلا انه قد يصطدم واقعـا بمعوقـات تتطلـب وجـود الاستثناءات وذلك اعتبارا لمعنى الضرر المادي والمعنوي الذي قد يتحملـه الـزوج، والقواعد في الشرع مجمعة على رفع الضرر بالقواعد المبينة لذلك والمقيدة لها ومـن أهمها إزالة الضرر ، مع ضرورة الموازنة بين الأضرار عند الإزالة ، وهذا أمر مهم، فقد يتعرض الزوج إلى ضرر من جراء استمرار العقد والى ضرر من جراء طلاقـه هو، وعندها فلا بد من موازنة الضرر المترتب عليه إن هو طلق وحده وإن هو لجـأ إلى القضاء ، و موازنة ذلك مع الضرر الذي يمكن أن يلحق بالمرأة إن لجأ هو إلـى القضاء ، ثم جمع كل ذلك واختيار الحالات التي يسمح له فيها باللجوء إلى القضاء من

غيرها . هذا ونجد من خلال تأصيل الحنفية للمسألة في كثير من المسائل في أن الزوج إذا أصابه الضرر رفعه عن نفسه بالطلاق إلا انهم لم يلحظوا أو يعتبروا الضرر الذي قد يقع عليه بالطلاق منفردا .

وفي استعراض الحالات التي دار حولها كلام الفقهاء فإننا نجد أن مجمل الحالات لا بد وان يعطى فيها الرجل حقه في التفريق ، خاصة وان الأنظمة الحديثة توسعت في هذه الحقوق في جانب المرأة ، وهو من باب الموازنة بين الحقوق لطرفي العقد الواحد ،
فالتفريق للعيوب فيه إزالة للضرر عن الزوج، والضرر المترتب على المرأة فيه هو نتيجة فعل نفسها في كتم العيب ، فلا بد وان تتحمل مسؤولية الكتمان والتغرير ، وهذا ولا بد وان ينطبق ذلك على العيوب المفترض السلامة منها حكما ولو دون النص عليها كما ينطبق على العيوب التي يشترط العاقد السلامة منها وان لم تكن من المجيزة أصلا للتفريق ، وذلك إذا أبدى الزوج رغبة واضحة صريحة في عدم وجودها ،

ثم لماذا لا نعتمد قول ابن القيم في التوسع بالعيوب المجيزة للرد باعتبار أن السلامة منها هي الأصل وباعتبار أن الشرط العرفي كالشرط الجعلي وأن ذلك هو الأقرب إلى مقاصد الشرع وعدله وحكمته والأقرب إلى قواعد الشريعة [١] ، وهذا أدعى لاستمرار الزواج وإدامة الود بين الزوجين ، وهو مبني على المحافظة على مقاصد النكاح وعلى حسن الخلق وعلى الصدق في المعاملة . والتوسع لا يضر كثيرا إذا علمنا أن فائدته هي عند الكتمان فقط أما الدخول في العقد على المعرفة فلا يفيد في طلب التفريق ، وهو وضوح بين الطرفين بعيد عن الغش والغرر .

و إنني لا أرى سلامة وسدادا في قول بعض الفقهاء ، انه لا ينبغي للولي بيان عيوب المرأة التي لا تجيز التفريق ، فالكتمان وان كان سبباً في زواج المرأة ، لكنه قد يكون سببا في شقائها وعذابها نتيجة بناء مبني على أساس غير قوي ، ثم لماذا نغلب مصلحة المرأة على مصلحة الزوج في الاختيار ، حيث أن الزوج في الغالب يظهر أمره بينما المرأة ليست كذلك ، لكن هذا الأمر يحتاج إلى قيود واضحة وضوابط عامة ، لأن الإنسان لا يكاد يخلو جسده من علة ، فليس أي مرض يمكن اعتباره مجيزا للفرقة ، بل لا بد أن تكون هناك ضوابط متعلقة بما ذكره الفقهاء قديما من العيوب الخفية والأمراض المنفرة والأمراض المعدية ونضيف إليها الأمراض والعلل التي تؤثر في القدرة العامة للشخص على القيام بمهامه الأساسية في الحياة ، ثم ما يتعلق بأصل الخلقة التي خلق الله الناس عليها ،وهي الهيئة العامة الطبيعية المكتملة .

١- ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد : ج٤ص٣٠ .

فالخاطب في ذهنه امرأة هي كذلك تامة الخلقة ، فإذا كانت غير ذلك فــلا بــد مــن البيــان ، فالخاطب يقدم أو لا يقدم وله الخيار بعد ذلك .

وهذا ينطبق على التفريق بمخالفة الشرط لان الشروط تعالج قــضايا مرغوبــة لــدى مشترطها لاقت قبول الطرف الآخر ، بحيث يرتب الإنسان أوضاعه بناء عليها ، إذاً فلا بد من اعتبارها ، ولا يوجد في الشرع ما يمنع من ذلك كما استدل الحنابلة عليه ،

أما ما يتعلق بمسألة الشقاق فالفقهاء وان كان تركيزهم على شقاق الزوجة ، لكن نــص الآية أوضح من أن نفسره فقد قال تعالى : (وان خفتم شقاق بينهما) دون بيان المتسبب منهما فلعله الزوج ولعلها الزوجة ، و إعطاء الزوج الحق في الفرقة بالتحكيم ينسجم تماما مع الآيــة ومع الدليل ، وكذلك فيما يتعلق بحالات الفقد فالذي ينطبق على الرجل ينطبق على المرأة فيمــا يتعلق بالوفاة الحكمية ، و الأمر ليس كذلك في الفرقة المجردة ،حيث لا ضرر على الزوج من عدم اعتبارها لإمكانه الزواج من أخرى دون الحكم بالفرقة بعكس المرأة .

وإن التوسع المنضبط في اعتماد الحالات تبعا لأنواع الضرر المختلفة ،فيه إعمال لروح التشريع ومقاصده من النكاح ، وفيه إعمال لقواعد رفع الضرر ، كما أننا بذلك نتــرك الخيــار واسعا للمتضرر أن يقدر حجم الضرر الواقع عليه ليكون صاحب الرأي في اختيار الطريق بعد ذلك بتحمله ، ومحاولة إصلاح الفساد أو اللجوء إلى خيار الانفصال ، كما أن ذلك يحول بــين إلجاء الناس إلى استخدام طرق غير مشروعة للوصول إلى الفرقة ،أو طرق مــشروعة لكــن تؤدي إلى التكلف بينما تتفق بالنتيجة مع التعدد في نوعية الحالات وأسباب الفرقة ، وذلك كمــا كان يعمل به في بعض دول جنوب شرق آسيا في صور تعليقات الطلاق بعد عقد النكاح كمــا هي في القانون الماليزي وهي اتفاق الزوجين على صيغة تكون سندا لطلب المرأة التفريق فيما بعد حيث يعلق الزوج طلاقها على حدوث صورة من صور التفريق المسموح بها لدى بعــض الفقهاء كصورة الغياب فيعلق طلاق زوجته على غيابه عنها سنة كاملة دون عــذر إذا أرادت فإذا انقضت السنة جاءت المرأة تطلب الطلاق سندا لذلك لأن القانون الماليزي لم يكــن يأخــذ بالتفريق للغياب [١].

١- أوانج ، سلطة القاضي في التفريق : ص ٤٩٧ .

المبحث الثاني

طلب التفريق من قبل الزوجة

إن الزوجة هي الطرف الأكثر تطلعا إلى معرفة الحالات التي تجيز لها طلب التفريق، وذلك لتأثرها المباشر من العقد و أحكامه ، ولأنها لا تملك طريقة للخروج من حكم العقد إلا أن يطلقها الزوج ، أو تطلب ذلك قضاء حال رفضه ، وهذا المبحث قد خصصته لبيان الحالات التي تجيز طلب التفريق ، ومناهج الفقهاء فيها ، وتحديد مجالات الاجتهاد ، واختيارات قوانين الأحوال الشخصية ، وذلك ضمن المطالب التالية :

المطلب الأول

مناهج الفقهاء في حالات التفريق

المدارس الفقهية المتعددة كان لكل منها نظر خاص في اعتبار الحالات المجيزة للتفريق تبعا للنظر الأصولي لعقد النكاح ، بالنظر إلى خصوصيته أو اشتراكه مع غيره من العقود في الأحكام ومدى قبوله لثبوت الأحكام فيه بطرق الاستدلال المختلفة ، ولهذه الاعتبارات المختلفة فسأعرض المناهج الفقهية لحالات التفريق في المذهب الواحد للخروج بقواعد خاصة فيه باعتباره مدرسة واحدة متكاملة ، ثم نجري بعد ذلك مقارنة بين المناهج اتفاقا واختلافاً محللين أسباب ذلك ، ومما ينبغي التنبيه اليه استثناء بعض الحالات من الدراسة كما أشرت في المقدمة و والمقصود منها هنا كل ما يتعلق بمسائل زواج الصغار، وكذلك ما يتلق بأحكام الإجبار ، والتزويج بواسطة الولي دون الرجوع إلى رأي المرأة حيث تم تجاوز مثل هذه القضايا في التشريعات الحديثة ولم يعد لها وجود عملي للتطبيق عليه كما هو الحال في مسائل الرق والعتق.

كما سأستثني من التفاصيل ذكر ما يتعلق بأحكام الكفاءة من جهة ارتباطها بالتفريق ، حيث اهتم الفقهاء قديما بالكفاءة كحق من حقوق المرأة ، وكان ذلك ضروريا لاعتبار حكم الإجبار عندهم وتزويج المرأة دون إذنها ، أما اليوم وحيث منعت التشريعات من ذلك ، واشترطت موافقة الزوجة ، و ألغت موضوع الإجبار ، فلم يعد لموضوع الكفاءة من جانب المرأة كثير أثر بخصوص التفريق ،مع الإشارة إلى الأثر الكبير له في ما يخص ابتداء النكاح حال عضل الولي في الفقه الذي يشترط موافقة الولي ابتداء ، وهذا خارج عن موضوع الدراسة، وسأتعرض لموضوع الكفاءة عند الحديث عن حق الولي في التفريق ، لان بعض التشريعات أعطت الحق للمرأة بالزواج دون الولي إن كانت رشيدة ، فكان ينبغي الاهتمام بموضوع الكفاءة لحق الولي ، ولهذا السبب رأيت التوسع فيها وذكرها في حق الولي دون حق

المرأة إلا من حيث وجود التغرير أو تخلف الوصف المشروط في العقد ، وسأجعل لكل مذهب من مذاهب الفقهاء فرعا مستقلا لبحث ذلك .

الفرع الأول

الحالات وفق المذهب الحنفي و المنهج الاستدلالي فيها

المدرسة الأولى تاريخيا هي المدرسة الحنفية سنتناول منهجها في اختيار أسباب طلب الفرقة من قبل المرأة ثم أبين وجه الاختيار عندهم على النحو الآتي :

أولاً : الحالات التي يجوز فيها للمرأة طلب التفريق قضاء عند الحنفية هي الحالات التالية :

١- عدم فيئة الزوج من الإيلاء [١] .

٢- جب الزوج وعنته وخصاه (عدم القدرة على الجماع) [٢] .

٣- التدليس بعد الاشتراط بصفات فيها زيادة منفعة للزوجة [٣] .

٤- طلب اللعان من الزوج بعد عجزه عن إثبات القذف بالزنا ونفي الولد [٤] .

ثانيا : منهج الحنفية في حالات التفريق

للحنفية منهجهم الخاص في التفريق بين الزوجين في عقد النكاح بعد تمامه وقبل تمامه ، فالنكاح بعد تمامه أشبه ما يكون بمسائل المقدرات من حيث أصول الاستدلال فيها ، فالفرقة لا تثبت إلا بالنص أو الإجماع ولا مدخل للقياس في إثبات سبب من أسباب الفرقة حيث يكتفي بالنص دون تعليل له ، وأما قبل التمام فإن النكاح يقبل الفسخ بسبب وجود الخيار وهذا واضح من التسمية فإنه نكاح غير تام ما لم تنته حالة الخيار .

وهذا التقعيد للمسألة جعل أمر السماح للمرأة لطلب الفرقة جبرا عن الزوج بعد تمام النكاح أمرا عسيرا لا تكاد تصل إليه ، وسنرى ذلك من خلال محدودية الحالات ، وإذا أردنا التفصيل في تأصيل الحالات المذكورة فهي على النحو الآتي :

الاتجاه الأول : الحالات التي مستندها النص ، وهي الإيلاء واللعان ؛

أما الإيلاء فإن للحنفية منهجا مستقلا فيه ، وهو ترتب الفرقة على انتهاء مدة الإيلاء دون فيئة منه ، وذلك دون مراعاة لاختيار الزوج أو الزوجة ، ولذا فإن هذه الحالة تندرج ضمن الحالات الخاصة بطلب الادعاء العام كما سيأتي في المبحث الرابع ، ويقتصر طلب

---

[١]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص١٥٢ .
[٢]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص١١٥.
[٣]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص١٠٠،
[٤]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص١٦٩ .

المرأة بأمر الزوج بالفيئة قبل انتهاء المدة ، و إلا كانت هي وغيرها سواء في طلب تثبيت الفرقة الواقعة حكما .

و الإيلاء عند الحنفية هو من باب الطلاق المعلق على الشرط ، وهو هنا شرط وتعليق ضمني وصورته الضمنية هي أن الرجل علق طلاق زوجته على عدم الفيئة خلال المدة ، وهذا التكييف ينقل هذه الحالة إلى أحكام الطلاق العادي بنوعيه المعلق على الشرط ، أو الطلاق المؤجل المضاف إلى وقت معين [١] ، قال المرغيناني : (الإيلاء كان طلاقا معجلا _ يعني في الجاهلية _ فاعتبر في الشرع مؤجلا ، فكان موجبا للفرقة) [٢].

أما اللعان فهو حق للزوجة في حال قذف زوجها لها، وعجزه عن إثبات ادعائه، والزوج هنا إنسان يتهمها في عرضها دون بينة ، وليس لها إلا أن تلجأ إلى القضاء ابتداء لرفع دعوى قذف بالزنا على زوجها ، فان أقر و اعترف بأنه اتهمها بذلك عد قاذفا، فيسأله القاضي عن الاتهام فإن أقر أنه كاذب في اتهامه رد للمرأة اعتبارها وحد لذلك، واتضحت الحقيقة للناس، وان أصر على اتهامه فيطالب بالإثبات ، فإن عجز طولب بالملاعنة فتكون الملاعنة عبارة عن إجراء في دعوى القذف يترتب عليها بالنتيجة بعد الملاعنة التفريق ، حيث لا يستقيم أن يبقى الزوجان على نكاحهما وهو يتهمها بالزنا وحلف عليه الأيمان .

ولكل ذلك فانه لا يوجد دعوى خاصة استقلالا اسمها الملاعنة ، لأن اللعان إجراء ضمن دعوى قذف أو نفي نسب أو إثبات زنا ، والتفريق نتيجة حتمية لهذا للإجراء .

والملاعنة في الفقه الحنفي لا بد أن تكون أمام القاضي ، ويترتب عليها الحرمة بين الزوجين من حيث المعاشرة ، ويتوجب على الزوج أن يطلق قبل تفريق القاضي وبعد الملاعنة لانعدام الإمساك بالمعروف بعد الاتهام والأيمان و لوجود الحرمة في المعاشرة ، فإذا لم يطلق طلق عليه القاضي نيابة عنه [٣].

وقد ذكرت اللعان ضمن هذه الحالات التي تتم بطلب من الزوجة لاشتراط الحنفية طلب اللعان من المرأة قبل إجرائه لأنه حقها [٤].

<u>الاتجاه الثاني</u> : ويتعلق بالحالات الخاصة بالفسخ قبل تمام العقد واتجه الاستدلال فيها إلى أصلين:

---

[١]- الكاساني ، البدائع : ج ٣ ص ١٧٠ و ص١٧٦

[٢]- المرغيناني ، الهداية شرح البداية :ج ٢ ص١٨١ .

[٣]- المرغيناني ، البداية : ص ٨٣، ابن نجيم ، البحر الرائق : ج٤ص١٢٢ ، الموصلي ، الاختيار :ج٣ص١٦٩ ،قدري باشا ، الأحكام الشرعية : مادة ٣٤٠ .

[٤]- المرغيناني ، الهداية : ج٢ص٢٣.

الأول : الاستدلال بالإجماع و بالقواعد والأصول العامة للعقد وبالأخص ما يتعلق بفوات المقصود الأساس من العقد ونعني به هنا في النكاح الوطء [١] .

وهذه الحالة متعلقة بالعيوب المسببة عدم القدرة على الوطء الواجب قضاء وهو لمرة واحدة فقط، مما يؤدي هذا إلى الإخلال بالطبيعة التعاقدية بين الزوجين ، والحنفية يولون الوطء اهتماما بتأديته للزوجة مرة واحدة فقط قضاء ، لأنهم يوجبونه على الزوج في العقد مرة واحدة فقط وما سوى ذلك عائد للزوج ، فمن الناحية القضائية ليس للمرأة المطالبة عندهم بالوطء سوى الوطأة الأولى [٢] ، وحيث لم تتم فلا يوجد تمام للعقد عندهم ، وتفرع على ذلك جواز طلب الفسخ .

والفسخ لهذه العيوب تبع للكفاءة عند الحنفية إذ نصوا على أن من الكفاءة خلو الزوج من هذه العيوب ، وينبني على ذلك اعتبار أن مسألة العيوب ليست مستقلة بحد ذاتها بل ينطبق عليها المفهوم العام لأحكام الكفاءة وكلها مرتبطة بعدم تمام العقد ولزومه [٣].

ولهذا لا نجدهم يقولون بجواز الفسخ بعد التمام بالوطء الأول لأي سبب يتعلق بعدم الوطء سوى حالة الإيلاء الثابت حكمها بالنص ، ويرون أن ثبوت الفسخ علته اليمين ، لا ترك الوطء، ولذا لا يقيسون عليها غيرها لأمرين ؛ لعدم اليمين في غيرها ولعدم جواز إثبات الفسخ بالقياس كأصل في مسائل التفريق .ومن خلال ذلك نتفهم منعهم الفسخ بالغيبة والهجر وعدم التكفير للظهار وللفقد .

الثاني : القياس على البيوع في أحكام التدليس والغرر عند اشتراط ما فيه منفعة في المبيع واتضاح عدم تحقق المشروط من الصفات ، تطبيقه في النكاح أن تشترط الزوجة صفة معينة في زوجها ويجري العقد على ذلك ، ثم يثبت عدم وجود هذه الصفة في الزوج، فيجوز عندئذ للزوجة طلب فسخ النكاح لتخلف هذه الصفة المشروطة ، وهذه المسألة لا تعلق لها بمسألة الشروط الجعلية في باب النكاح وهي أمر مختلف عنها ، وتندرج هذه الحالة في حالات عدم تمام العقد لارتباطها بقواعد وأحكام الكفاءة ، التي علتها عدم الرضا من الزوجة بفقدان عنصر من عناصر الكفاءة المعتبرة في المذهب ، وهي من الحالات التابعة للخيار عند الحنفية قبل التمام فإنه لا تمام للعقد من جهة المرأة بوجود الخيار المرتبط بالعقد ذاته إلا باختيار الزوجة. وتوجيه هذا الارتباط أن الأصل في عناصر الكفاءة المنصوص عليها ثبوت الخيار حال عدمها

---

[١]- الكاساني، البدائع :ج٢ ص٣٢٣ و ص٣٢٥ .
[٢]- ابن نجيم ، البحر الرائق :ج٢ ص٢٣٥ ، ابن الهمام ، فتح القدير :ج٣ ص٤٣٥ ونص على حرمة ترك الجماع مطلقا ديانة، الكاساني، البدائع :ج٢ ص٣٣٣ .
[٣]- الكاساني، البدائع :ج٢ ص٣٢٧ .

من غير اشتراط وذكرها وعدمها سواء ، أما غيرها من الصفات المرغوبة ، فإن فقـدها فـي الزوج لا يعتبر ما لم تشترط عند العقد أو قبيله بحسب الخلاف في المـذهب وهـذا يعنـي أن الاشتراط لصفة معينة يحول هذه الصفة ، وإن كانت من غير صفات الكفاءة إلى اعتبارها من حيث الأحكام كصفة من صفات الكفاءة في توقف تمام العقد على اختيار الزوجـة ورضـاها ، والكفاءة تابعة للنص في الأصل ، وما سوى ذلك تفريع عليه.

الفرع الثاني

الحالات وفق المذهب المالكي

الحالات التي يسمح المالكية فيها للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق لا بد وأن تكون مسببة بأحد الأسباب التالية :

١- عدم الفيئة من الإيلاء [١] .

٢- فقد الزوج بحيث لا تعرف حياته من مماته [٢].

٣- للعيوب المنصوص عليها في المذهب [٣].

٤- للتغرير والتدليس وذلك عند اشتراط صفة معينة في الزوج وثبوت تخلفها [٤] .

٥- لعدم كفارة الظهار بعد وجوبها على الزوج [٥].

٦- لهجر الزوج فراش زوجته وترك معاشرتها فترة زمنية مخصوصة [٦].

٧- غيبة الزوج عن زوجته وترك معاشرتها فترة زمنية مخصوصة [٧].

٨- إعسار الزوج وعدم قدرته على دفع المهر [٨] .

٩- عدم قدرة الزوج على نفقة زوجته [٩].

---

[١]- الدردير ، الشرح الكبير : ج٢ص٤٢٦ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي:ج٢ص٤٢٦ .

[٢]-القيرواني ، النوادر والزيادات :ج٥ص٢٤٥ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل :ج٤ص٣٧٦ ، النفراوي ، الفواكه الدواني:ج٢ ص٤١ ، المواق ، التاج والإكليل : ج٤ ص١٥٥

[٣]- ابن رشد ، البيان والتحصيل :ج٥ص٥٠و٥٩ ، مالك ، المدونة :ج٢ص٢١٣ ، القيرواني ، رسالة القيرواني :ص٩٥ .

[٤]- ابن رشد ، البيان والتحصيل :ج٥ص١٢٤ .

[٥]- القيرواني ، النوادر والزيادات :ج٥ص٣٠١ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل :ج٤ص٢٧٦ ،الدسوقي ، حاشية الدسوقي:ج٢ص٤٤٧ ،

[٦]- القيرواني ، النوادر والزيادات :ج٥ص٢٥٣ ، الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر خليل :ج٤ص٢٧٢ .

[٧]- القيرواني ، النوادر والزيادات :ج٥ص٢٥٣

[٨]- مالك ، المدونة :مجلد٢ص٢٥٣ .

[٩]- ، النفراوي ، الفواكه الدواني:ج٢ ص٢٤ و ٦٨ ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن :ج٣ص١٥٥ .

١٠-عدم موافقة الزوج على أن يفرض على نفسه مقدار مهر مثل زوجته في نكاح التفويض ، وهو النكاح الذي لم يسم فيه مهر [١] .

١١-خوف الزوجة من استمرار حال الشقاق بينها وبين زوجها وهو ما يعرف بتفريق الحكمين [٢].

١٢-بسبب اللعان [٣] .

الأدلة الأصولية لحالات التفريق عند المالكية

من خلال النظرة الأولية لعدد ونوع الحالات عند المالكية يتأكد لنا التوسع في الاستدلال عندهم في مسائل التفريق وعدم الاكتفاء بأصل أو اثنين لهذه الغاية ، وقد وجدت من التتبع لنصوصهم وأدلتهم المقاربة بين فرق النكاح والمعاملات من جهة التأصيل ، فنجدهم يؤصلون للحالة بالنص قرآنا وسنة كما يؤصلون لها بالإجماع بنوعيه العام وأهل المدينة ، وبالقياس وقول الصحابي والمصلحة المرسلة وسد الذرائع وهي أصول معتبرة كما نص عليها علماؤهم[٤].

وتطبيقا لذلك على الفروع المعتمدة عندهم يمكن تقسيم الاستدلال إلى المجموعات التالية :

المجموعة الأولى : وهي الحالة التي استند المالكية فيها إلى النص

وهذا يتضمن الفرقة بسبب الإيلاء ، قال تعالى : (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) (البقرة:٢٢٦)

المجموعة الثانية : وهي الحالات التي استند المالكية فيها إلى القياس

وهذه المجموعة تتضمن الأسباب التالية :

١-القياس على الإيلاء بجامع عدم الوطء وذلك في حالات الهجر وعدم كفارة الظهار والغيبة والفقد وعدم النفقة حيث أن من لا ينفق عليها لها منع نفسها وهذا يؤدي إلى ترك وطئها ، وقد راعى المالكية كل ما يتعلق بترك الزوج الوطء وجعلوا للزوجة الحق في التفريق بناء عليه وذلك لعدم تحقق القدرة على الإجبار فيه قضاء مما مكن المرأة من الاختيار بين البقاء مع زوجها مع عدم الوطء أو المفارقة في انتظار زواج غيره لها ، وهذا مبني عندهم على أصل

---

[١]- النفراوي ، الفواكه الدواني : ج٢ص٢٤-٢٥ ، المنوفي ، كفاية الطالب الرباني :ط/المدني /القاهرة :ج٣ص١٤٤.القيرواني ، رسالة القيرواني :ص٩٢ .

[٢]- القيرواني ، النوادر والزيادات :ج٥ص٢٨٢ ، الفندلاوي ، تهذيب المسالك :ج٤ص١٣٧ .

[٣]- الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ :ج٣ص٢٤٤ .

[٤]- القرافي ، الذخيرة :ج١ص١٤٥-١٤٧ .

مرتبط بذلك وهو أن الوطء حق للمرأة كما الزوج ولها المطالبة به قضاء إضافة للواجب الدياني المتعلق بالزوج تجاهها [١] ، وذلك بخلاف منهج الحنفية كما مر ذكره والشافعية كما سيأتي .

٢-القياس على فسخ البيع عند عدم الثمن كما في الفسخ بسبب الإعسار عن دفع المهر، والقياس على الإيلاء بجامع الضرر المترتب من ترك الوطء لأن الزوجة لها منع نفسها عن زوجها إلى أن يؤديها مهرها المعجل وما لم يفعل ذلك تبقى في حكم المتضررة من تـرك الـوطء بـسبب تأخره في إيصال الصداق لها فكان ذلك هو الشبه بالايلاء [٢].

٣-القياس على فسخ البيع عند عدم الإلتزام بالشرط كما في الفسخ بالتغرير والتدليس عند عدم الصفة المشروطة .

المجموعة الثالثة : وهي الحالات التي استند المالكية فيها إلى قول الصحابي ، بالإضـافة إلـى القياس عليه . وهذه المجموعة تتضمن الأسباب التالية :

١- الفرقة للعيوب المنصوص عليها كما ورد عن عمر رضي الله عنه في حديثـه الموقـوف عليه[٣] ،

٢- الفرقة بسبب خوف الشقاق سندا لقول علي رضي الله عنه في الحكمين [٤] (والقياس على إزالة الضرر بشكل عام) .

٢-الفرقة لفقد الزوج ، لما روي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمـر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربـع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرا) [٥]

ومستند ذلك كله أيضا الاعتماد على معنى إزالة الضرر بحكم الولاية العامة الممنوحة للقاضي والسلطان في وجوب إزالة الضرر عن المتضرر إذا تحقق موجب الضرر بوجـه شـرعي ، وثبت معناه بدليل ، وهو دليل يشارك الأدلة الأخرى كما في حالات عدم الجمـاع ، وخـوف الشقاق ، والعيوب .

كما أن المالكية عللوا التفريق في بعض الحالات وإن كانت في غير مقـدور الـزوج كإعساره وما يترتب على الزوجة من ضرر بأن التطليق في هذه الحالات هو من باب خطـاب الوضع المتعلق بالأسباب والشروط والموانع وهذه لا يشترط فيها التكليف ولا العلم ولذلك يطلق

---

[١]- ابن جزي ، القوانين الفقهية :ص١٤١ ، العدوي ، حاشية العدوي :ج٢ ص٨٤ .

[٢]- القرافي ، الفروق : ج٣ص٢٧٠ .

[٣]- الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج ٦ ص ٢٤٤ .

[٤]- الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج ٦ص ٥١٢ .

٥- سنن البيهقي الكبرى ج: ٧ ص: ٤٤٥ . باب من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل .

على الزوج بتلك الأسباب وإن كان معجوزاً عنها وغير مشعور بها ، فصاحب الشرع حكم بذلك بمجرد وقوع تلك الأسباب بخلاف خطاب التكليف الذي يشترط فيه القدرة والعلم [١] .

الفرع الثالث

الحالات وفق المذهب الشافعي

الحالات التي يسمح الشافعية فيها للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق لا بد وأن تكون مسببة بأحد الأسباب التالية :

١- عدم الفيئة من الإيلاء [٢] .

٢- الإعسار عن دفع النفقة ، والامتناع عنها في قول [٣] .

٣- للعيوب المنصوص عليها في باب الزواج [٤] .

٤- بسبب اللعان [٥] .

٥- للغرر والتدليس باشتراط وصف معين فظهر عدم وجوده [٦] .

٦- الإعسار عن دفع المهر في أصح الأقوال في المذهب سواء قبل الدخول أو بعده [٧].

٧- حالة التفريق للشقاق وهي قول مرجوح في المذهب [٨].

الأدلة الأصولية لحالات التفريق عند الشافعية

لقد حدد الغزالي قاعدة الاستدلال في فسخ عقد النكاح وحدد ذلك بأمرين هما النص والقياس على النص ،مع عدم إغفال أصل المصلحة ، ففي مناقشته لأصل المصلحة المرسلة ضرب مثالا على ذلك بزوجة المفقود وعلل القول بعدم جواز فسخ نكاحها منه بقوله : (وإن فسخنا فالفسخ إنما يثبت بنص أو قياس على منصوص والمنصوص أعذار وعيوب من جهة الزوج من إعسار وجب وعنة ، فإذا كانت النفقة دائمة فغايته الامتناع من الوطء ، وذلك في الحضرة لا يؤثر فكذلك في الغيبة، فإن قيل سبب الفسخ دفع الضرر عنها ورعاية جانبها فيعارضه أن رعاية جانبه أيضا مهم، ودفع الضرر عنه واجب ، وفي تسليم زوجته إلى غيره

---

[١]- القرافي ، الفروق : ج٣ ص١٨٠ .
[٢]- الحصني ، كفاية الأخيار : ص ٥٤٦ .
[٣]- البغوي ، التهذيب :ج٦ص٣٤٩ و ٣٥٧ ، ابن الصلاح ، فتاوى ابن الصلاح :ج٢ص٦٩٤ .الغزالي ، الوسيط:ج٦ص٢٢٢.
[٤]- ابن هبيرة ، مختصر اختلاف العلماء :ج٢ص١٥٠ ، الشيرازي ، المهذب :ج٢ص٤٨
[٥]- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص٣٨٠ .
[٦]- البغوي ، التهذيب :ج٥ص٣٠٦ ، الكرابيسي ، الفروق :ج١ص١١٨ ، الأنصاري ، الغرر البهية :ج٧ص٤٥٥.
[٧]- البغوي ، التهذيب :ج٦ص٣٥٩ .
[٨]- الرافعي ، الشرح الكبير :ج٨ص٣٩٠ ، ابن هبيرة ، مختصر اختلاف العلماء :ج٢ص١٥٢ .

في غيبته ولعله محبوس أو مريض معذور ، إضرار به ، فقد تقابل الضرران ، وما من ساعة إلا وقدوم الزوج فيها ممكن ، فليس تصفو هذه المصلحة عن معارض) [١].

وهذا التحليل من الغزالي مع اعتباره في الجملة لأصل المصلحة إذا استندت إلى مقصود شرعي عرف من أدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال و تفاريق الإمارات ، كما ذكر ، وأن الخلاف في بعض الصور ليس خلافا في أصل المصلحة عنده بل مرجعه تعارض مصلحتين ومقصودين وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى ، ولذا فقد سبق للغزالي أن ذكر في كتابه شفاء الغليل هذه المسألة تفصيلا ،وعلل تغير قول الشافعي فيها وكيف أن الشافعي استعظم تسليم حليلة الزوج إلى زوج آخر يتغشاها ويستولدها مع احتمال بقائه حيا ورأى أن الضرر المترتب على المرأة في التربص والتأيم أهون من ذلك الضرر المترتب على الزوج الأول ،ولعله نظر إلى صبر النساء في زمانه ،فقد قال فهذا معتاد شرعا وعرفا ، ولعل القناعة بذلك في التطبيق لم تكن كاملة فأعقب الغزالي ذكر قول الشافعي الأول بقوله : وللقول القديم الموافق لرأي عمر رضي الله عنه وجه لا يخفى تقريره [٢].

وهذا يعطينا تصورا واضحا يؤيده استقراء الحالات أن الشافعية يجيزون الفسخ بالنص وبالقياس عليه ، و هم لا يتوسعون في الفسخ ، وكذلك لا يتوسعون في التطليق على الزوج لأن الطلاق لا يدخل تحت الولاية العامة عندهم إلا في حالة واحدة وهي الإيلاء وقد اعتبرها الشربيني حالة خارجة عن القياس [٣] ، ولذا لا نرى الشافعية يقيسون حالات الضرر بترك الوطء مع سلامة آلته على الإيلاء فلا تفريق عندهم للغيبة أو الهجر أو السجن أو الفقد، لهذا الاعتبار، وليس لرفض القياس في موضوع الفرق بشكل عام ، خلافا للحنفية الذين كما مر يشترطون النص أو الإجماع .

وأما بيان ذلك من خلال الحالات والفروع فكما يلي :

المجموعة الأولى : وهي الحالات التي استند الشافعية فيها إلى النص

١-أجاز الشافعية طلب التفريق في الأمور المذكورة في حالات عدم الفيئة من الإيلاء و الاعسار عن دفع النفقة والعيوب و اللعان للنص عليها والقياس على ما هو منصوص في العيوب ويلاحظ اعتبار الشافعية قول التابعي أنه سنة من باب النص ، قال البغوي في النص المروي عن ابن المسيب: (سئل عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ؟ قال يفرق بينهما ،

١- الغزالي ، المستصفى : ط مؤسسة الرسالة :ج١ص٤٢٨ .
٢- الغزالي ، شفاء الغليل : ص: ٢٦١و٢٦٢ .
٣- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ص٢٦١ .

قيل له : فسنة ؟ قال سنة) [١] ، قال البغوي :(قال الشافعي والذي يشبه قول ابن المسيب يشبه أن يكون سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم) [٢].

كما أن أصل النظر إلى النفقة ترتب عليه التفريع بجواز التفريق لعدمها فمذهب الشافعي أن نفقة الزوجة واجبة بطريق المعاوضة عن حبس المرأة على زوجها ولذا فإذا أعسر الزوج بالنفقة ثبت لها حق الفسخ تحقيقاً للعوضية المذكورة [٣] .

وفي العيوب أورد الشيرازي النص وطريقة القياس عليه : ((تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم البسي ثيابك والحقي بأهلك) [٤] فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لأنها في معناه في منع الاستمتاع) [٥].

المجموعة الثانية : وهي الحالات التي استند الشافعية فيها إلى القياس

١-حالة التدليس باعتبار الكفاءة فيها – قياساً على البيع ، يقول الغزالي : وكأن للشرط مدخلا أيضا في التأثير لأنه لو زوجها الولي برضاها من مجهول ؛ فإذا هو كفؤ فلا خيار ، لأن هذا ليس بعيب ، وإنما هو فوات منقبة ولم يجر بها شرط ، والولي هو المقصر إذ لم يقدم البحث، فكأنه إذا جرى شرط أثر في نفي التقصير من جهة الولي ، والتحق عدم الكفاءة بالعيب في إثبات الخيار لها وللولي [٦] .

٢-وقد استند الشافعية إلى القياس كذلك في التفريق للإعسار عن دفع الصداق في أصح الأقوال في المذهب و استند القياس إلى أصلين الأول التفريق للامتناع عن دفع النفقة وهي بحكم المنصوص عليها والثاني القياس على البيع بجامع أن كلاً منهما معاوضة فيجوز فسخه بالإفلاس بالعوض [٧] .

وأما ما يتعلق بعدم الوطء لسبب لا يتعلق بالإيلاء والعيوب فلا يجيز الشافعية التفريق وهذا عائد في جزء منه لما ذكرته في منهج الحنفية ويشاركهم فيه الشافعية من أن الوطء حق للزوج لا للمرأة قضاء سوى الوطأة الأولى ، قال الغزالي : (ليس للمنفردة في النكاح مطالبة

---

[١]- البيهقي ، السنن الكبرى :ج٧ص٤٦٩ ، عبد الرزاق ، المصنف :ج٧ص٩٦ ، الشوكاني ، نيل الأوطار: ج٧ص١٣٢ وقال هذا مرسل قوي وروي مرفوعا الا أن في رواية من رفعه مقال .

[٢]- البغوي ، التهذيب :ج٦ص٣٤٩.ونص الشافعي المذكور منصوص عليه في مسنده :ص٢٦٦ .

[٣]- الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ص٢٩٧ .

[٤]- البيهقي ، السنن الكبرى:ج٧ص٢٥٦ ، وضعف ابن حزم الحديث المحلى :ج٩ص٤٨٦ . والصنعاني في يبل السلام وقال فيه راو مجهول هو جميل بن زيد:ج٣ص١٣٥

[٥]- الشيرازي ، المهذب :ج٢ص٤٨

٦- الغزالي ، الوسيط: ج: ٥ ص: ١٦٧

[٧]- البغوي ، التهذيب :ج٦ص٣٥٩ ، الشيرازي ، المهذب :ج٢ص٦١ .

الزوج بالمبيت عندها ولا بالوقاع اكتفاء بدواعي الطبع ،والأولى بالزوج أن لا يخليهن عن الإيناس و الوقاع تحصينا لهن عن الفجور) [١].

الفرع الرابع

الحالات وفق المذهب الحنبلي

خلاصة مذهب الحنابلة في حالات التفريق بطلب من الزوجة أوردها كما يلي وفقا للأسباب المعتمدة لديهم للتفريق :

المجموعة الأولى : الجامع في المعنى بينها ترك الوطء

١- عدم الفيئة من الإيلاء [٢] .

٢- الهجر [٣] .

٣- الغيبة [٤] .

٤- عدم كفارة الظهار [٥] .

٥- الفقد [٦] .

٦- العيوب [٧] .

المجموعة الثانية : الجامع في المعنى الضرر المادي

٧- الإعسار عن دفع النفقة

أو الامتناع عن دفع النفقة مع اليسار [٨] .

٨- الإعسار بالمهر (ولو بعد الدخول) [٩] .

المجموعة الثالثة : الجامع في المعنى بينها الضرر المعنوي

٩- مخالفة الشرط [١٠] .

١٠-الغرر والتدليس [١١] .

---

[١]- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص ٢٨٥ ، الاقناع ، الماوردي :ص ١٤٦ .الشربيني ، مغني المحتاج :ج٣ ص٢٥١ ومن تعليلاتهم على ذلك قياسهم منفة البضع بمنفعة الدار المستأجرة فكما ان للرجل أن لا ينتفع بالدار ولا يجبر على ذلك فكذلك الزوجة لا يجبر على الانتفاع بمحل العقد .وإنما أنقل ذلك للبيان والمناقشة للمنهج .

[٢]- المرداوي ، الإنصاف :ج ٩ ص١٨٩ ، البهوتي ، الروض المربع : ج ٣ص ١٩٣ .

[٣]- البهوتي ، الروض المربع : ج ٣ص ١٩٣ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص١٩٢ .

[٤]- المرداوي ، الإنصاف :ج ٨ ص ٣٥٤ وما بعدها .

[٥]- البهوتي ، الروض المربع : ج ٣ص ١٩٣ .

[٦]- المرداوي ، الإنصاف :ج ٩ ص ٢٩٠ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٤٢١.

[٧]- البهوتي ، الروض المربع : ج ٣ص ٩٤ ، ابن قدامة ، الكافي : ج٣ ص ٦٠ ، ابن مفلح ، المبدع:ج ٧ ص ١٠٩ .

[٨]- المرداوي ، الإنصاف :ج٨ ص٣٨٣ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٤٧٦ .

[٩]- ابن مفلح ، المبدع:ج ٧ ص ١٧٧ ، المرداوي ، الإنصاف :ج ٨ ص ٣١٢ و ٣٨٩ ، ابن تيمية ، نظرية العقد : ص ١٥٧ .

[١٠]- المرداوي ، الإنصاف :ج ٨ ص ١٥٥ ، ابن تيمية ، نظرية العقد : ص ١٥٥ و ٢١٠ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٩١ .

[١١]- ابن تيمية ، نظرية العقد : ص ١٥٦ ، ابن قدامة ، الكافي : ج٣ ص ٧٢ .

١١- طلبها اللعان [١].

١٢-الإتيان في الدبر مع الاكراه [٢].

الأدلة الأصولية لحالات التفريق عند الحنابلة

نص ابن قدامة على الأصول المعتمدة في اختيار حالات التفريق قال : (الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس) [٣].

تفصيل طريقة الاستدلال في الحالات :

الاتجاه الأول : الاستدلال بالنص وهذا يتضح في الحالات التالية :

١- فرقة الإيلاء ، قوله تعالى (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) (البقرة:٢٢٦)

٢-التفريق للإتيان بالدبر تبعا للنص الناهي عن ذلك .

لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الوطء في الدبر قال : (إن الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أدبارهن) [٤].

٣-التفريق للعان[٥]

قول النبي صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين : (لا سبيل لك عليها) [٦]

٤-التفريق لمخالفة الشرط [٧] .

لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج) [٨] .

الاتجاه الثاني الاستدلال بقول الصحابي وهذا يتضح في الحالات التالية :

١-التفريق للفقد .

١- المرداوي ، الإنصاف :ج ٩ ص ٢٥١ .

٢- المرداوي ، الإنصاف :ج ٨ ص٣٤٨ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص١٨٩ .

٣- ابن قدامة ، المغني : ج ٧ص ٥٨٢ .

٤- رواه أحمد في مسنده :ج٥ ص ٢١٤ من حديث خزيمة ، و قال ابن الملقن : رواه الشافعي والبيهقي من رواية خزيمة بن ثابت بإسناد صحيح وصححه الشافعي ورواه بنحوه أحمد والنسائي وابن ماجه وصححه ابن حبان : خلاصة البدر المنير : ج٢ص٢٠٠ وقال البزار لا أعلم في الباب حدسثا صحيحا لا في الاطلاق ولا في الحظر ، انظر ابن حجر تلخيص الحبير : ج٣ص١٨٠ .

٥- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص ٥٢ . طبعة دار الفكر ١٤٠٥ هـ .

٦- رواه مسلم في صحيحه / كتاب اللعان : ج٢ص١١٣١ .

٧- ابن قدامة ، المغني : ج٧ ص ٧١ ، طبعة دار الفكر ١٤٠٥ هـ

٨- رواه البخاري في صحيحه باب الشروط في النكاح ج٥ص١٩٧٨ ، و رواه أحمد في مسنده عن عقبة بن عامر الجهني : ج ٤ ص١٥٠ .

ودليله ما روي عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما قالا في امرأة المفقود تربص اربع سنين وتعتد أربعة أشهر[١].

٢-التفريق للعيوب .

ودليله ما ذكره ابن قدامة [٢] أنه : روي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروى ذلك الدارقطني [٣] عن الزهري عن سعيد عن عمر وروي عن ابن مسعود والمغيرة بن شعبة قال ابن قدامة: ولا مخالف لهم [٤] .

الاتجاه الثالث : الاستدلال بالقياس في الحالات التالية :

١-القياس على الإيلاء بجامع ترك الوطء – كما في الهجر ، وترك كفارة الظهار والغيبة [٥].

والوطء عند الحنابلة حق للزوجين معا وللمرأة مرة بحسب مدة الإيلاء ولها المطالبة بذلك[٦].

٢-القياس على ما نص عليه في العيوب وهو قياس على نص موقوف على صحابي[٧] .

٣- القياس على فسخ البيع في الإعسار بالثمن[٨] ، كما في حال الإعسار عن دفع المهر.

الاتجاه الرابع : إعمال قواعد العقد فيما يتعلق بالشروط وأثر مخالفتها على العقد ، وهذه القاعدة طبقت في حالة اشتراط فعل معين ثم عدم الالتزام به [٩] و في حالة الغرر والتدليس في حال اشتراط صفة معينة فيظهر الواقع خلافها [١٠] .

الفرع الخامس

منهج الظاهرية

القاعدة عند ابن حزم أن عقد النكاح إذا عقد صحيحا فإنه لا يجوز التفريق فيه بين الزوجين إلا بنص القرآن أو السنة الدالين على ذلك دلالة واضحة وهو بهذا ينطلق من منهجه الأصولي المانع للاستدلال بالقياس والأدلة التبعية التي اعتمدها الأصوليون ، يقول ابن حزم: (كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد حرم الله تعالى

[١]- ابن أبي شيبة ، المصنف : ج٣ ص٥٢١ . انظر كذلك الزيلعي ، نصب الراية ج٣ص ٤٧٢.
[٢]- ابن قدامة ، المغني : ج٧ ص ١٥٢ . طبعة دار الفكر ١٤٠٥ هـ .
[٣]- الدارقطني ، سنن الدارقطني : ج٣ص٣٠٥ – ٣٠٦ .وقال الهيثمي في اسناده الموقوف على ابن مسعود رجاله رجال الصحيح خلا حصين بن قبيصة ثقة . مجمع الزوائد : ج٤ص ٣٠١ .
[٤]- ابن قدامة ، المغني : ج٧ ص ١٥٢ . طبعة دار الفكر ١٤٠٥ هـ
[٥]- البهوتي ، الروض المربع : ج ٣ص ١٩٣ .
[٦]- البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص١٩٢
[٧]- النص عن عمر رضي الله عنه ، أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج ٦ ص ٢٤٤ .
[٨]- ابن تيمية ، نظرية العقد : ص ١٥٧ .
[٩]- البهوتي ، الروض المربع : ص٥٢٤ .(طبعة مؤسسة الرسالة).
[١٠]- البهوتي ، الروض المربع : ص٥٢٧ .

بشرتها وفرجها على كل من سواه فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه) [١].

وبعد استقراء الحالات عند الظاهرية فإننا لا نجد عندهم ما يجيز التفريق إلا أن يطرأ على العقد ما يفسده بعد أن كان صحيحا وذلك في حالات هي[٢] :

١-أن يطأها أبوه أو جده بجهالة أو بقصد إلى الزنى .

٢-أن يتم التعانه والتعانها .

٣- اختلاف الدينين إلا في جهة واحدة وهي أن يسلم الزوج وهي كتابية ، وذلك خمسة أقسام يقول ابن حزم :

(أحدها أن يسلم هو وهي كتابية وثانيها أن تسلم هي وهو كافر كتابي أو غير كتابي فلو أسلما معا فهما على نكاحهما وثالثها أن يرتد هو دونها ورابعها أن ترتد هي دونه، وخامسها أن يرتدا معا ،ففي كل هذه الوجوه ينفسخ نكاحهما سواء أسلم إثر إسلامها أو أسلمت إثر إسلامه ، أو راجع الإسلام أو راجعت الإسلام أو راجعاه معا ، لا ترجع إليه في كل ذلك إلا برضاهما وبصداق وبولي وإشهاد ، ولا يجب أن يراعى في ذلك شيء من عدة ولا عرض إسلام) [٣]

و كل هذه الحالات تندرج في جهة الادعاء العام لوجوب الفرقة فيها [٤] .

ويوجد حالات تتعلق بالرق كملك الزوجة لزوجها [٥] ، أو أن تعتق فتختار الفراق[٦].

وهناك حالتان حكم فيهما الظاهرية بالفرقة وهما حالة التغرير بالشرط وذلك عند اشتراط الزوجة سلامة الزوج من العيوب ثم يتبين وجود العيب [٧] ، أو تزويج الولي البالغة دون إذن مسبق منها [٨].

وهاتان الحالتان وإن كان الظاهر فيهما تجويز الفرقة بالطلب إلا أن حقيقة الأمر فيهما عند الظاهرية إلحاقهما بالعقود الفاسدة ، والحكم فيهما وجوب التفريق كغيرها من العقود الفاسدة ولا خيار فيها للمرأة بالإتمام من عدمه [٩] ، وكذلك كل ما يتعلق بالشروط الفاسدة فإنها تفسد العقد [١٠].

١- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص ٦١ .
٢- المرجع السابق : ج١٠ ص١٤٣ .
٣- المرجع السابق : ج١٠ ص١٤٣
٤- المرجع السابق: ج١٠ ص١٤٢ .
٥- المرجع السابق: ج١٠ ص١٤٣.
٦- المرجع السابق: ج١٠ ص١٤٢ .
٧- المرجع السابق: ج١٠ ص١١٥ .
٨- المرجع السابق: ج١٠ ص٤٥٩ .
٩- المرجعين السابقين .
١٠- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص٤٩١ .

ولذا فإننا باستثناء ما يتعلق بالرق لا نجد عند الظاهرية حالة واحدة يجيزون فيها للمرأة طلب التفريق بعد انعقاد العقد صحيحا وهي على نكاح زوجها إن شاء طلق وإن شاء أمسك.

أما معالجة الظاهرية للضرر الواقع على المرأة من الزوج فهي معالجة قائمة على إزالة الضرر ضمن استمرار العقد وذلك بإجبار المتسبب بالضرر بإزالة الضرر جبرا بواسطة القضاء عن طريق الإلزام والتأديب بالسجن والضرب [١] ، ولا يعترف الظاهرية بالنيابة الحكمية عن الزوج في التطليق أبدا ، يقول ابن حزم : (فمن الباطل أن يطلق أحد على غيره..... وأما السنن فإنها إنما جاءت في مواضع معروفة بفسخ النكاح وأما بطلاق أحد عن غيره فلا أصلا) [٢]. وكذلك من الباطل تفويض الزوجة بالطلاق وجعله لها [٣] .

الفرع السادس

منهج الزيدية

الحالات التي يسمح للزوجة أن تطلب التفريق بسببها وفق مذهب الزيدية هي :

١-اللعان [٤].

٢-العيوب ، والعيوب المنصوص عليها في المذهب هي الجذام والبرص والجنون والجب والخصا (رض الخصيتين) و السل (سل الخصيتين) ، والعنة [٥].

٣-الاكراه[٦].

٤-عدم الكفاءة[٧].

٥-الإعسار بالمهر قبل الدخول[٨].

٦-عدم إكمال مهر المثل وذلك لأن المهر حق مخصوص لها[٩] .

٧-وجود الشقاق بين الزوجين [١٠] .

١- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص٤٠ و ٤٢و
٢- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ص٤٨ .
٣- ابن حزم ، المحلى : ج٩ص٤٨٣ /طبعة دار الفكر .
٤- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص ١٨٦ .
٥- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص ٦٣-٦٥ ، المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٦٢ .
٦- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ١١١ .
٧- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص٦٨
٨- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ١٠٥ .
٩- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٥١ .
١٠- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٩٠ . وهي فرقة الحكمين .

المطلب الثاني

مواطن الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء في الحالات وتحديد مجالات الاجتهاد

إذا أردنا أن نحرر مواطن الوفاق بين الفقهاء فسنجدها محدودة إذا جعلنا مـــن مـــنهج الحنفية منهجا خاضعا لإدخاله في تحرير تلك المواطن وذلك للبون الواضح بين منهجهم وسائر الفقهاء في المذاهب الأربعة ولذا سأعرض لهذا الموطن بطريقين الأول بيان الحـــالات المتفـــق عليها بين الجميع عدا الظاهرية ثم أخرج الحنفية بمنهجهم المستقل وأعقد مقارنة أخـــرى بـــين المذاهب الثلاثة الأخرى .

أولا : الحالات المتفق عليها كسبب للفرقة

من خلال الاستعراض لمجمل الحالات فإن الاتفاق وجد فيما يلي

١-حالة الإيلاء وذلك للنص عليها

٢-حالة اللعان وذلك للنص عليها كذلك

٣-عيوب الزوج المتعلقة بعدم قدرته على الوطء

٤-التدليس والتغرير بالزوجة .

مع الفارق بين الفقهاء في التعاطي مع كيفية الفرقة ونوعها .

وقد حصل الاتفاق على أصل جواز الفرقة بهذه الأسباب لورود النص عليها في حالتي الإيـــلاء واللعان ، ولارتباط حالة التدليس بأحكام الخيار لعدم الكفاءة المتفق على أصلها ، ولفوات محل العقد في العيوب المانعة من الوطء .

ويلاحظ من هذا أن هذه الحالات قد قال بها الحنفية ووافقهم الجمهور عليها بحيـــث لا نجد حالة ذكرها الحنفية وخالفهم فيها الجمهور إلا حالة واحدة من الحالات التي لـــم أذكرهـــا لارتباطها بتزويج الولي وهي إذا زوج المرأة بأقل من مهر مثلها .

أما تحرير محل النزاع بين فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فكما يلي :

يستطيع الممعن النظر في مناهج الفقهاء أن يلحظ أن الشافعية يأتون في المرتبة الثانية بعد الحنفية من حيث تحديد الحالات ويكاد يتفق المالكية مع الحنابلة في معظم الحالات ، وهـــذا مرتبط بآليات الاجتهاد لدى تلك المذاهب فكلما اتسعت الدائرة الأصولية في المذهب كان الفقـــه لديه أوسع ودخل في مجالات متعددة ، وكان من الممكن أن يتسع فقه الشافعية لحالات أخـــرى مع قولهم بثبوت الفسخ بالقياس إلا أنهم وكما قال الغزالي في النص الذي أشـــرت اليـــه حـــدد القياس بنوع منه وهو القياس على المنصوص وترك القياس المصلحي ولعل التحديد كان مـــن أهم أسبابه اعتبار الشافعية أن التفريق بسبب الإيلاء حالة خارجة عن القياس فلذا منعوا أنفسهم

من القياس عليها وتبعا لذلك منعوا التفريق بكل مل يسبب الضرر بترك الوطء باستثناء حالة الإيلاء والعيوب لأنها في حكم النص عندهم لا قياسا على الإيلاء

أما ما يتعلق بالتفريق بالعيوب ، فالعيوب عند الفقهاء يجمعها اللفظ وتختلف في المعنى إلى أربعة أنواع :عيوب تمنع الوطء ، وعيوب منفرة بحكم الطبع السليم ، وعيوب يخشى تعديها إلى الطرف الآخر ، وعيوب أخرى الأصل سلامة الجسم منها كالصمم والعمى وما شابه ذلك.

والتفريق للعيوب اتفقت المذاهب الثلاثة والزيدية على التفريق به في الجملة ، واختلفت في فروعه وأنواعه ، قال الشوكاني : (وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة فمن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب وإن اختلفوا في تفاصيل ذلك وفي تعيين العيوب التي يفسخ بها النكاح) [١] ويؤكد أن مسائل العيوب من المسائل المجتهد فيها لا من المنصوص عليها ، حيث أضاف : (ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور ثم الفقهاء .... وأما أثر عمر فلما تقرر من أن قول الصحابي ليس بحجة) [٢] ، وقال :(وهكذا الفسخ بالعنة لم يكن فيه شيء من المرفوع ، ولا تقوم الحجة بقول الصحابة) [٣].وتفصيل الخلاف فيها :

العيوب المجيزة للتفريق عند المالكية هي الجنون والجذام والبرص والجب (قطع الذكر والأنثيين) والخصاء (المقطوع أحدهما) والعنة (الذي لا يقوم ذكره) والاعتراض (الذي يجري عليه ذلك في بعض الأوقات) [٤] .

وعند الشافعية [٥]:العيوب خمسة الجنون والجذام والبرص والجب (قطع الذكر فقط) والعنة.

وعند الحنابلة[٦] : العيوب هي الجب والعنة والباسور والناصور والخصاء والجنون والبرص والجذام وبخر الفم .

٥- وقت حدوث هذه العيوب ، قبل العقد أو ما يطرأ بعد العقد .

يشترط المالكية[٧] حدوث هذه العيوب قبل العقد أي أن يكون العيب مقارنا للعقد [٨]. والشافعية عندهم قولان في طروئه بعد الدخول ويجيزون طلب الفرقة إذا طرأ العيب في الرجل بعد العقد

---

[١]- الشوكاني ، نيل الأوطار : ج٦ص٢٩٨ .
[٢]- الشوكاني ، نيل الأوطار : ج٦ص٢٩٩ .
[٣]- الشوكاني ، السيل الجرار : ج ٢ص ٢٩١ .
[٤]- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٢ .
[٥]- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص١٥٩ . وهناك أراء في المذهب في عيوب أخرى ، الماوردي ، الاقناع : ص ١٣٨ .
[٦]- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٢٨
[٧]- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٣ .
[٨]- وينبغي أن يلاحظ أن المالكية وإن اشترطوا مقارنة العيب للعقد لجواز التفريق به إلا أنهم أجازوا للمرأة التفريق للضرر إن تسبب العيب الحادث بعد العقد بضرر لها لا تستطيع المقام معه مع زوجها . انظر : ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٣ .

وقبل الدخول[١] .وأما الحنابلة فالمذهب عندهم جواز طلب الفرقة ولو حدث العيب بعد العقد لما فيه من النفرة [٢].

٦- نوع الفرقة الحاصلة بسبب هذه العيوب .

والفرقة بذلك طلاق عند المالكية [٣] وفسخ عند الشافعية[٤] والحنابلة[٥] والزيدية[٦].

أما الحالات العائدة لترك الوطء :

وهي الهجر والغيبة والفقد وترك كفارة الظهار ، فقد اعتمدها المالكية والحنابلة ، ولم يرها الشافعية سببا موجبا للفرقة وهي الفارق بين المنهجين ، وهي حالة لم يفطن لها الكثير في موضوع الظهار ، فقد اتجه الغالب من الكتابات فيه إلى بيان أحكامه التفصيلية من حيث اللفظ والعود والكفارة ، ولكن ارتباطه بموضوع الطلاق الذي اعتبر من أبوابه لم يظهر في تلك الكتابات ، حتى وصل الأمر بي حد الاستغراب لربط الظهار بموضوع الطلاق مع أنه لا يؤدي إليه كما يذكرون ، وما أصله المالكية في ذلك وتبعهم عليه الحنابلة لهو نظر سديد وبعيد ، و فيه إعمال للأمور بحقائقها ومعانيها .

وهناك حالتان اختص بهما الحنابلة ، وهما عائدتان إلى ما يتعلق بالإكراه و الوطء في الدبر ، وذلك للنهي عن ذلك وقد أوجبوا الفرقة للضرر الناشئ عن ذلك ، وأما الحالة الأخرى وهي تتعلق بمنهجهم من الشروط في العقود ، واستصحبوه على عقد النكاح ، وهم أول من اختط هذا النهج في الشروط وأثرها على العقود ،ولذا فقد تميزوا على المالكية في هذا المجال ، وكان هذا نتيجة السعة في القواعد الخاصة بالعقود بشكل عام عندهم التي أعملوا فيها الرضا الحقيقي التام بضوء من النصوص الآمرة بذلك .

أما الذي تميز فيه المالكية ، فهو نظرهم إلى الضرر بشكل أوسع ، فشمل الضرر المعنوي والمادي فقد توسعوا في جواز الخلع الجبري بواسطة الحكمين عند حصول الشقاق بين الزوجين ، أو عند خوف حصوله ، وهو نظر مبني على المقاصد المبنية عند المالكية على ضرورة أن تكون الحالة القائمة بين الزوجين محققة لمقاصد العقد وأهدافه المرسومة له شرعا ، كما أجازوا التفريق لمطلق الضرر ما لم تشمله الحالات السابقة ، كالضرر الناتج عن وجود

---

[١]- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص١٦١ .
[٢]- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٢٩ .
[٣]- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٣ .
[٤]- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص١٦٣ .
[٥]- البهوتي ، الروض المربع : ص ٥٢٨ .
[٦]- العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص ٢٢٣ .

عيوب طارئة على العقد لا يجوز التفريق بها للعيب بحد ذاته ، ولكن اقتران العيب بضرر للمرأة يجعل من طلبها الفرقة أمراً مشروعا عندهم[١] .

ويظهر ذلك جليا من خلال تعليق ابن رشد على جواز الفرقة بالتغرير ، حيث أشار إلى أن المسلم لو غر النصرانية فنكحها موهما إياها أنه على دينها ، أن لها الفرقة إذا أرادت ثم قال لها الخيار من أجل الشرط وإن لم يكن الإسلام عيبا لأن لها في كونه على دينها غرضا قصدته فوجب أن يكون لها الرد بما شرطت [٢] .

وهذا يؤكد اعتبار الفقهاء أن اشتراط صفة معينة ملحق بأحكام الكفاءة من حيث الأثر ولو لم تكن الصفة نقصا أو عيبا في ذاتها لأن اشتراطها ينبئ عن رغبة صاحبها فيها .

والحالة الأخرى التي انفرد فيها المذهب ، حالة نكاح التفويض وضرورة أن يلتزم الزوج بتسمية مهر المثل إن رغبت المرأة ، وإلا كانت بالخيار بين إمضاء العقد على المهر الذي يريده الزوج ، أو فسخ العقد حال رفضه الإتمام إلى مهر المثل ، وهذا النظر عند المالكية متفرع على أصلهم في المهر ومكانه من العقد .

المطلب الثالث

اختيارات قوانين الأحوال الشخصية

الفرع الأول

قانون الأحوال الشخصية الأردني

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على ثلاث عشرة حالة تجيز للمرأة طلب الفرقة، وقد توسع القانون في الحالات المجيزة ما أمكن ذلك ، وهناك حالتان أخريان يرجع فيهما إلى المذهب الحنفي فيصبح المجموع خمس عشرة حالة ، وهي تقريبا جميع الحالات المقترحة وفق مجموع أقوال الفقهاء في المذاهب الأربعة ولم يتقيد القانون بمذهب معين في اختيار الحالات . والحالات هي كما يلي :

١- الإيلاء بحسب المذهب الحنفي وفق المادة ١٨٣

٢- عدم الإنفاق / مادة ١٢٧

٣- الإعسار عن دفع المهر /مادة ١٢٦

٤- الهجر / مادة ١٢٣

٥- الفقد / مادة ١٣١ ومادة ١٧٧

١- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٤٣

٢- ابن رشد ، البيان والتحصيل :ج ٤ص٤٥٩ .

٦- الغيبة / مادة ١٢٣

٧- عدم الكفاءة/ مادة ٢٠

٨- الشقاق / مادة ١٣٢

٩- مخالفة الشرط / مادة ١٩

١٠-الغرر والتدليس / مادة ٢١

١١-عدم إكمال مهر المثل بحسب المذهب الحنفي/ مادة ١٨٣.

١٢-السجن /مادة ١٣٠

١٣-الإكراه[١] /مادة ٣٤

١٤-الخلع القضائي /مادة ١٢٦

١٥-العيوب / مادة ١١٣

ويمكن تقسيم الحالات المعتمدة قانونا إلى مجموعات بحسب الضرر إلى ثلاث مجموعات :

المجموعة الأولى : الحالات المتعلقة بالضرر المترتب على ترك الوطء وتشمل الحالات التالية:

الإيلاء و الهجر و الغيبة و الفقد و السجن والتفريق للعيوب .

المجموعة الثانية : الحالات المتعلقة بالضرر (المالي) الراجع على الزوجة وهي،

عدم الإنفاق وعدم دفع المهر و عدم الكفاءة و التغرير والتدليس وعدم إكمال مهر المثل .

المجموعة الثالثة : الحالات المتعلقة بالضرر المعنوي والمادي العائد على ذات المرأة وهي،

التفريق للشقاق و التفريق للخلع و التفريق لمخالفة الشرط و التفريق للإكراه .

الفرع الثاني

الحالات لدى المدونة المغربية

نصت مدونة الأحوال الشخصية المغربية على كثير من الحالات المجيزة للتفريق توسعة على المرأة دون التقيد بمذهب معين أو اتجاه معين والحالات هي :

١- الإيلاء / مادة ١١٢

٢- عدم النفقة /مادة ١٠٢

٣- الهجر/ حسب المذهب المالكي

٤- الإعسار عن دفع المهر /حسب المذهب المالكي

---

[١]- وقد خالف القانون المذهب الحنفي في حكم زواج المكره حيث اعتبره الحنفية منعقدا ، انظر الكاساني ، البدائع : ج ٢ص ٣١٠ .

٥- الفقد /مادة ٧٤

٦- الغيبة /مادة ١٠٤

٧- العيوب / مادة ١٠٧

٨- الشقاق/ مادة ٩٧

٩- الضرر /مادة ٦٣، ٦٦

١٠-مطلق الضرر مادة ٩٩

١١-عدم كفارة الظهار حسب المذهب المالكي

١٢-تعدد الزوجات /مادة ٤٥

١٣-السجن /مادة ١٠٦

١٤-الإكراه /مادة ٦٣

١٥-تنفيذ الاتفاق المبرم على الفرقة/مادة ١١٤

ويمكن تقسيم الحالات إلى المجموعات التالية بحسب الضرر كما يلي :

أولا : ما يتعلق بالضرر المتعلق بالوطء

الإيلاء و الغيبة و الفقد و الهجر و لعدم كفارة الظهار و للعيوب و السجن .

ثانيا : ما يتعلق بالضرر المالي

عدم الإنفاق و عدم دفع المهر .

ثالثا : ما يتعلق بالضرر المادي المعنوي الواقع على الذات .

التفريق للشقاق و للإكراه و للتعدد و لمطلق الضرر و لتنفيذ الاتفاق المبرم على الفرقة و للغرر.

الفرع الثالث

مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري

نص مشروع القانون على إحدى عشرة حالة يمكن للزوجة طلب التفريق بسببها وهي :

١-التفريق لمخالفة الشرط وذلك بموجب المادة ٦٧ من المشروع ، والشرط الذي يتم التفريق بمخالفته الذي يلتزم به للزوجة بمصلحة مشروعة وتقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة ، فهذه الشروط لا يلزم الزوج بها قضاء ويكون للزوجة حق الفسخ في حال مخالفتها استفادة من اشتراطها ، ومن أمثلة ذلك اشتراط الزوجة عليه أن يعمل عملا وظيفيا معينا (1).

[1]- انظر التفصيل في ذلك الزرقا ومجموعة من العلماء ، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد : ص ١٢٠ .

٢-التفريق للغرر والتدليس وذلك في حالة اشتراط صفة معينة في الزوج والعقد على أساسها ثم تبين للزوجة تخلف الصفة ، عندها أعطى القانون الحق للزوجة طلب فسخ النكاح للتغرير بها لتخلف هذه الصفة المشروطة ، وذلك كأن يكون الزوج على هيئة ما ونحو ذلك [١].

٣-التفريق للمضارة والشقاق في حال عدم استطاعة دوام الزوجية [٢].

٤-التفريق للعيوب ، وقد اتجه المشروع إلى التوسع في العيوب بوضع ضابط لها دون النص عليه ، والضابط هو العلل المنفرة والعلل المضرة والعلل التي تمنع المتعة الجنسية ، وسواء حدثت قبل العقد أو بعده جاز طلب التفريق بسببها[٣].

وقد ميز القانون المرأة عن الرجل في العيوب التي تمنع الاستمتاع الجنسي ،بحيث أبقى الخيار لها قائما متى شاءت في طلب فسخ العقد [٤] ، بخلاف الزوج الذي ينتهي خياره بعلمه أو رضاه بالعيب ، ولعل ذلك من قبيل المصلحة ، لأن الزوج يمكن أن يتزوج بأخرى بينما المرأة لا يمكن لها ذلك .

٥-التفريق بسبب الإكراه على العقد ، فقد اعتمد المشروع أن العقد مع الإكراه عقد موقوف غير لازم ،ولكنه يقبل الإجازة من المكره ، ولذا فإن لم يقبل المكره الإجازة فله طلب فسخ العقد[٥] .

٦-التفريق بسبب الإيلاء [٦] .

٧-التفريق بسبب عدم الإنفاق[٧] .

٨-التفريق بسبب عدم الكفاءة[٨] .

٩-التفريق بسبب الغيبة[٩] .

١٠-التفريق بسبب السجن [١٠] .

١١-التفريق بسبب الضرر من تعدد الزوجات ، حيث اعتبر القانون أن زواج الزوج من زوجة ثانية دون موافقة الأولى ضرر يجيز للثانية طلب التفريق به ولو لم تشترط عليه ذلك في العقد[١١].

---

[١]- المادة ٦٧ من المشروع .
[٢]- المواد٩٦- ١٠٣ من المشروع .
[٣]- المادة ١٠٦ من المشروع .
[٤]- المادة ١٠٦ فقرة ج من المشروع .
[٥]- المادة ١٣١ من المشروع .
[٦]- المادة رقم (٩٥) من المشروع .
[٧]- المادة رقم (٩٣) من المشروع .
[٨]- المادة رقم (٢٧) من المشروع .
[٩]- المادة رقم (١٠٤) من المشروع .
[١٠]- المادة رقم (١٠٥) من المشروع .
[١١]- المادة ١٠٨ من المشروع

ويلاحظ أن القانون لم يتوسع في التفريق لعدم الوطء ،حيث لم يعتمد التفريق للهجر أو لعدم التكفير للظهار وأبقى فقط على التفريق للإيلاء بسبب اليمين لا مجرد ترك الوطء .

المطلب الرابع

الرأي المختار

لكل ذلك فإن الأمر يصل إلى حد القطع لدي بأن أسباب فرق النكاح خاضعة للاجتهاد ضمن أصول الاستدلال المعتمدة لدى الفقهاء والأصوليين ، دون الحجر على أصل من الأصول، والاجتهاد فيها يكمن في اختيار الحالة ثم في تفصيلاتها ، ولعل القول بالتوسع في مجال الاجتهاد والنظر في فروع الحالات وتفصيلاتها ، هو الأقرب إلى الصواب ، حيث وجدنا الفقهاء بعد استنادهم إلى أصل الفرقة وسببها ودليلها الرئيس راحوا يعملون الفكر أكثر في الكيفيات التي تؤدي إلى تحقيق الغرض من اعتماد هذا النوع أو ذاك من أنواع الفرق .

ونحن بعد قرون وأزمنة مما دونه الفقهاء نستطيع أن ندقق ونحقق في كثير من المسائل بما أعطانا الله من مكنة لذلك ، لعلها لم تتوفر لديهم من أسباب العلوم ووسائلها ، وبعد أن يحقق الثقات من علماء الأمة مناط المسائل كل على حدة ، لكن ضمن منظومة تشريعية واحدة متكاملة ترتب الأبواب فصلا فصلا تشيده بناء متراكما على أسس صحيحة لا تناقض فيها ولا تدافع ، تراعي تحقيق أهداف التشريع دون مغالاة أو تفريط ، تراعى فيه جميع الحقوق على هدي من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، وضمن الإطار التشريعي العام المتناسق مع أهدافه العامة ، فإن لكل نظام بناء ، وهذا البناء لا بد وأن يكون جزءا من منظومة أخرى هو لبنة فيها كذلك .

وليتم ذلك فنحن بحاجة إلى أن نكون أصحاب فكرتنا لا هيابين ولا متجرئين .

يقول ابن تيمية : (وقول من قال من الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة ومالك وغيرهم : إن النكاح لا يقبل الفسخ ، لا دليل عليه ، بل الكتاب والسنة والآثار والقياس تدل على نقيضه ، وأن النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثر السلف ، وهو مذهب الشافعي وأحمد) [١] .

وقول ابن تيمية في حق المالكية هو في اختيار فرقة الفسخ لا منع مطلق الفرقة بعد العقد، حيث اختار المالكية طريق النيابة في الطلاق ، واعتمدوا ذلك من باب الأحوط في كل نكاح صح بدليل قوي لدى أي مذهب من مذاهب الفقهاء المعتمدة .

---

[١]- ابن تيمية ، نظرية العقد : ص ١٥٥ .

وأضاف ابن تيمية : (فهذا التشديد العظيم في شروط البيع وأعواضه _ يعني عند الفقهاء- والتسهيل العظيم في شروط النكاح وأعواضه خلاف ما دل عليه الكتاب والسنة وخلاف المعقول، فإن الله اشترط العوض في النكاح ولم يشترطه في إعطاء الأموال ، ولم يشترط في التبايع إلا التراضي .....) [١].

وفي هذا رد من ابن تيمية على الفقهاء الذين يقولون أن الصداق تابع غير مقصود

وقال: (فقد ظهر أن المعاوضات جارية على قانون واحد وأن الشريعة متناسبة معتدلة تسوي بين المتماثلات و تفرق بين المختلفات) [٢].

ومما يعضد هذا الأمر ، ما أورده الغزالي في معرض بيانه لأصل المصلحة في مثال من زوجها وليان بإذنها ولم يعرف من هو السابق منهما قال : وقد اختلف فيها قول الشافعي وتردد[٣]، وهو دليل ميله إلى المصالح ورعايتها وهذه المسألة لا نظير لها فالعسر الحاصل بالنسيان لم ير قط في الشرع معتبرا في فسخ العقود ولكنه على الجملة ملائم لجنس تصرفات الشرع، فإن الشرع يرى فسخ العقود إذا تعذر إمضاؤها ، وامتنع استيفاؤها ، فإذا وقع اليأس عن الكشف فلا شك في اقتضاء المصلحة الفسخ ..... وإنما المعول عليه المصلحة ، وهو في محل الاجتهاد والتردد [٤].

والمناكحات وما في معناها من الأمور التي ينبغي ألا يهمل القياس والنظر المصلحي فيها إذا ظهر معنى الأحكام فيها ، وظهور معاني الأحكام وعللها أمر غالب في هذا النوع من الأبواب الفقهية ، وقد بين الغزالي أن التحكم ــ يعني التعبد وعدم ظهور العلة ــ في مسائل المناكحات والمعاملات والجنايات والضمانات نادر ، بعكس العبادات والمقدرات فالتحكمات فيها غالبة واتباع المعاني نادر ، وهو مع ذلك ينقل رأي الشافعي في أن العبادة إذا ظهر فيها المعنى ظهورا لا يبقى معه ريب فلا مانع من إعمال القياس فيها مع مراعاة الاحتياط [٥].

وهذا الجويني كذلك في معرض نقاشه للخلاف في تصويب كل مجتهد ينص بعد أن ذكر أمثلة في باب الخلاف في الأنكحة قائلاً : (واعلم أن هذه المسألة و أمثالها من المجتهدات، وفيها

---

[١]- ابن تيمية ، نظرية العقد : ص ١٦٥ .
[٢]- بن تيمية ، نظرية العقد : ص ١٧٢ .
[٣]- التردد عندما ينسب إلى الشافعي معناه : (أن ينص على قولين في الجديد ولا يختار أحدهما فيكون ليس له في المسألة قول ولا مذهب و إنما ذكر القولين ليتردد فيهما) . الجويني ، الاجتهاد : ص٩٣
[٤]- الغزالي ، شفاء الغليل :ص ٢٦٣ .
[٥]- الغزالي ، شفاء الغليل : ص ٢٠٣ .

تقابل الاحتمالات ، فيجتهد المجتهد فيها عندنا ، فما أدى اليه اجتهاده فهو حق ، من وقــف أو تقديم أو تأخير أو غيرهما من وجوه الجواب) [١].

ثم إن قول البعض أن الأخذ بالقول الأشد هو الأصوب و الأحوط رد عليه الجويني رداً جمــيلا قائلاً : (وذهب بعض من لاحظ له في الأصول إلى أن المستفتي يأخذ بأثقل الأجوبة ، ويغلــظ الأمر على نفسه إذا تعارضت أجوبة العلماء ، إذ الحق ثقيل ، وهذا تحكم من هذا القائــل ،لأن الثقل ليس علامة للصحة فرب ثقيل باطل ورب سمح صحيح) [٢].

وبوجود هذه السعة الفقهية المبنية على أصول صحيحة فلا حاجة بعده للتضييق علــى الناس وإلجائهم إلى فتاوى منحرفة كأمر الزوجة بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة مع محــارم زوجها لتفسد عقدها معه ، أو أن تقوم بالارتداد عن الدين لهذه الغاية والعياذ بالله ، كما أنــه لا حاجة لوجود حلول التفافية أخرى كما كان يفعل مثلا في القانون الماليزي بما يــسمى صــيغ التعليق ، وهي اتفاق الزوجين على صيغة تكون سندا لطلب المرأة التفريق فيما بعد حيث يعلق الزوج طلاقها على حدوث صورة من صور التفريق المسموح بها لدى بعض الفقهاء كــصورة الغياب فيعلق طلاق زوجته على غيابه عنها سنة كاملة دون عذر إذا أرادت ، فــإذا انقــضت السنة جاءت المرأة تطلب الطلاق سندا لذلك لأن القانون الماليزي لــم يكــن يأخــذ بــالتفريق للغياب[٣].

---

[١]- الجويني ، الاجتهاد : ص ٣٩ .ومن الأمثلة التي ذكرها زواج امرأة حنفية دون ولي ، ثم قيام وليها الشافعي بتزويجها من آخر فأي الزوجين يسلط عليها منهما .

[٢]- الجويني ، الاجتهاد : ص ١٣١ .

[٣]- أوانج ، سلطة القاضي في التفريق : ص ٤٩٧ .

المبحث الثالث

طلب التفريق من قبل الولي

الولي الشرعي عند إطلاقه في مسائل الأحوال الشخصية يقصد به نوعان من الأوليـــاء الأول الولي على النفس والثاني الولي على المال ومرادنا في هذا المبحث الولي على النفس فيما يتعلق بالتزويج ، وهذا يختص بالمرأة أو بالذكور فاقدي الأهلية الذين لا يملكون التصرف،حيث لا إرادة معتبرة لهم .

وتحديدا لمرادنا هنا فإننا نعني الحق الشخصي العائد للولي وليس الحق العائد للمولى عليـــه ، فان كان الولي يطلب الفرقة بصفته وليا عن الزوجة فهذه حكمها يتعلق بالولاية وكذلك إذا تعلق الأمر بولي الزوجة

وحيث أعطى الشارع الولي حقوقا في زواج المولى عليها و رتب واجبات عليه ووازن بين ذلك كله فإننا سنتعرض لعقود الزواج التي أنشئت ، والتي يملك الولي حق طلب التفريق فيها بـــين الزوجين .

ولخصوصية هذا المبحث فسأعرضه بشكل مختلف عن المباحث الأخـــرى فـــي هـــذا الفصل ، حيث سأتعرض بداية لبيان مختصر عن فكرة الولي في المذاهب المختلفة ، ومتى يعقد العقد دون حضوره؟ ثم أبين الأسباب الخاصة به لطلب التفريق .

المطلب الأول

اتجاهات الفقهاء في اشتراط الولي في العقد

للفقهاء اتجاهان رئيسان في اشتراط الولي في النكاح ونلخصهما فيما يلي :

الاتجاه الأول : وهو لجمهور الفقهاء [1] حيث يعتبرون الولي شرط صحة في عقد النكاح وذلك لسببين :

الأول : أن عبارة المرأة في عقد النكاح غير صحيحة ولا يترتب عليها اثر ، ولا بد من وجود رجل يعقد العقد نيابة عنها ، وهذا الرجل الـــذي يعقـــد للمـــرأة لا بـــد وان يكـــون صـــاحب صفة،والصفة هي أن يكون وليا ، وتلفظ الرجل عنها ليس بالنيابة عن المرأة بل وجوده أصيل في العقد .

الثاني : للولي حق في العقد على المرأة يجب أن يراعى و يجب أن تؤخذ موافقته ، ولا تتجاوز هذه الموافقة إلا في حالة العضل ، وذلك كله سندا للأدلة المعتبرة لدى الجمهور ، من اشـــتراط الولاية في النكاح من النصوص القرآنية و النبوية .

---

[1]- العدوي ، حاشية العدوي : ج٢ص٤٩ ، الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ص١٤٧ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص ٤٨ .

و هذا الاتجاه منقسم إلى فرعين :

الأول : ويمثله الشافعية[١] والحنابلة[٢] وقد تشددوا في الولي وجعلوه من شروط صحة النكاح أصلا من حيث وجوده في العقد وفرعا من حيث صفاته ، وطريقة ترتيب الأولياء ، بحيث لا يجوز تخلف وصف فيه من الأوصاف المعتبرة ، فلا يقبل أن يتقدم ولي على آخر وهكذا.

الثاني : ويمثله المالكية ؛ فقد كانوا وسطا في الأمر فهم وان اشترطوا الولي وتشددوا في أن لا تعقد المرأة على نفسها مطلقا ، فقد جعلوا ما يتعلق بالأحكام الفرعية التفصيلية للولي من باب الأفضلية وليس من باب شروط الصحة أو الوجوب ، فأجازوا للمرأة أن يعقد لها الأبعد مع وجود الأقرب وهكذا مع اعتبار ذلك خلاف الأولى[٣] .

وهذا الذي ذكرته هنا هو الذي عليه الأصول في مذهب المالكية و ما نص عليه المتقدمون منهم كما في المدونة وشروحها ؛ قال ابن عبد البر: (هذا تحصيل مذهب مالك عند اكثر أصحابه)[٤] ، وان وجدنا بعد ذلك تشدداً اكثر في المذهب في الذي نص عليه خليل في مختصره وشراحه لجهة رعاية الترتيب [٥] .

الاتجاه الثاني : وهو للحنفية ومفاده عدم اعتبار الولي شرطا من شروط صحة النكاح[٦] ، إلا أن أصحاب هذا الاتجاه لم يغفلوا حق الولي في صفة الزوج الذي اختارته المرأة ، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أساسين :

الأول : عدم توجه الأدلة عندهم لوجود هذا الاشتراط .

الثاني : أن للمرأة عندهم عبارة محترمة في العقد على نفسها دون الحاجة إلى رجل يعقد العقد أصالة عنها ، وان جرى العقد من قبل الولي الرجل فانه يعقد بالنيابة عنها بطريق الوكالة أو النيابة الشرعية لا بصفته أصيلا في العقد[٧] .

و ينبغي الإشارة إلى أن الحنفية وان كان المذهب عندهم كذلك إلا أن شيوخهم وعلماءهم يفتون بأخذ موافقة الولي قبل العقد أو عنده عند عدم الكفاءة ، وعللوا ذلك بان دفع الضرر ابتداءً أولى من رفعه بعد وقوعه ، لأنه قد لا يتمكن من رفعه[٨] .

والواقع أن للحنفية نظرة في تفسير الحق في التزويج من قبل الولي فقد جعلوا (الحق في النكاح لها على الولي لا للولي عليها ، بدليل أنها تزوج على الولي إذا غاب غيبة منقطعة،

---

[١]- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ص١٤٧
[٢]- ابن قدامة ، الكافي : ج٣ص١٠
[٣]- العدوي ، حاشية العدوي :ج٢ص٦١ .
[٤]- ابن عبد البر ، الكافي :ج١ص٢٣٣ .
[٥]- العدوي ، حاشية العدوي :ج٢ص٦١ ، النفراوي ،الفواكه الدواني : ج٢ص٩ .
[٦]- ابن نجيم ، البحر الرائق : ج٣ ص ١١٧ .
[٧]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٤٧ .
[٨]- شيخي زاده ، مجمع الأنهر :ج١ص٤٩٠ .

وإذا كان حاضرا يجبر على التزويج و إذا أبى وعضل تزوج عليه ، والمرأة لا تجبـــر علـــى النكاح إذا أبت وأراد الولي ، فدل أن الحق لها عليه ومن ترك حق نفسه في عقد له قبل غيره لم يوجب ذلك فساده ،على أنه إن كان للولي فيه ضرب حق لكن رجاء في المنع من اللـــزوم إذا زوجت نفسها غير كفء لا في المنع من النفاذ والجواز) [١] .

ولذا فإن الفقه عند الحنفية في المسألة أن النكاح دون ولي نكـــاح غيـــر لازم ، وذلـــك مراعاة لحق الطرفين ، المرأة والولي ، فرعاية حق المرأة في نفاذه ،ورعاية حق الـــولي فـــي عدم لزومه ، يقول الكاساني : (والأصل في الضررين إذا اجتمعا أن يدفعا ما أمكـــن ، وههنـــا أمكن دفعهما بأن نقول: بنفاذ النكاح دفعا للضرر عنها ، وبعدم اللزوم وثبوت ولاية الاعتراض للأولياء دفعا للضرر عنهم) [٢].

المطلب الثاني

حق الولي في طلب التفريق

قبل الحديث عن حق الولي في التفريق ، لا بد بداية من تصور بعض المسائل العمليـــة في هذا الفرع على قول الجمهور ، وعلى قول الحنفية ،ونبدأ بالصور على قول الجمهور :
الصورة الأولى : العقد لا ينعقد عند الجمهور إلا بوجود الولي إن كان هنـــاك ولـــي[٣] ، فـــإذا عقدت المرأة على نفسها فان العقد يكون قد فقد شرطا من شروط صحته ، ويكون واجب الفسخ لهذا السبب لحق الشرع ابتداءً ثم لحق الولي ، وهذا يرجع بالمسألة إلى طلب التفريـــق بـــسبب يتعلق بالحق العام عندهم .
وعلى هذا الاعتبار لا يتصور أن يكون للولي اعتراض على العقد إلا أن يطلب الحكم بفساده إذا لم يكن هو العاقد على موليته .
الصورة الثانية: إذا تم العقد من قبل القاضي لغياب الولي ،أو كتمان أمر وجوده ، ثـــم حـــضر الولي أو تبين وجوده ، فيتصور وجود اعتراض منه على العقد الذي تم للأسباب التالية :

١- عدم حضوره واخذ موافقته .
٢- لعدم كفاءة الزوج[٤] .
٣- لوجود عيب في الزوج [٥].

---

[١]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٤٩ والعبارة بنصها له .
[٢]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص٢٤٩ .
[٣]- العدوي ، حاشية العدوي : ج٢ص٤٩ ، الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ص١٤٧ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص ٤٨ .
[٤]- الدمياطي ، إعانة الطالبين : ج٣ص٣٣٠
[٥]- الدمياطي ، إعانة الطالبين : ج٣ص٣٣٠

الصورة الثالثة : إذا تم العقد بإرادة الولي وحضوره ، فيمكن تصور الاعتراض في حال وجود صفة غير مرغوبة في الزوج لم يطلع عليها الولي وكتمها الزوج ولم يخبر بها ، وهذه الصفة يمكن أن تكون صفة مشترطة من قبل الولي أو صفة متعلقة بالكفاءة أو صفة متعلقة بـــالعيوب التي يجوز التفريق بها.

الصورة الرابعة : إذا كان الولي متعددا كالأخوة مثلا وتم العقد بحضور أحدهم وموافقته فيتقدم الباقون بالاعتراض على العقد أو إذا زوج الأبعد بوجود الأقرب .

أما الصور المحتملة وفق مذهب أبي حنيفة و حيث أن العقد من قبل المرأة على نفــسها لا يعتبر فيه مخالفة للنظام العام عندهم بل يبقى الحق للولي بـــالاعتراض علـــى العقــد [1] ، ويمكن تصور الحالات التالية :

١- حال تزويج المرأة نفسها بغير كفء لها [2] .

٢- حال تزويج المرأة نفسها بحضور وليها من رجل تبين انه غير كفء بعد ذلك .

٣- في حال تزويج المرأة نفسها بحضور وليها من رجل اشترط فيه صفة ثم تبــين عــدم وجودها تغريرا من قبله .

٤- موافقة أحد أولياء المرأة وعدم موافقة الآخرين على غير الكفء مــع تــساويهم فـــي الحق.

٥- تزويج المرأة من قبل القاضي أو بموافقة الولي الأبعد بوجود من هــو اقــرب منـــه، فالحنفية لا ينتقلون بالولاية إلى القاضي عند وجود أحد الأولياء إلى في حال العــضل فقط [3] .

والصور المذكورة جميعها سواء وفق تصور الجمهور أو الحنفية نستطيع أن نجمل أسبابها فيما يلي :

١- حق الولي في إجراء العقد وحقه في مشاركة المرأة في اختيار الزوج .

٢- كفاءة الزوج .

٣- وجود عيب من العيوب التي يرد بها الزوج .

٤- إجراء العقد مع نقص مهر الزوجة عن مهر المثل .

و الولي بممارسته هذا الحق لا يمثل شخصه فقط بل يمثل مجموعة من الحقوق هي :

١- حقه الشخصي في إدخال صهر على عائلته و إدخال محرم جديد بحكم المصاهرة .

---

[1]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٤٧ .

[2]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٣١٨ .

[3]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص٢٥٠-٢٥١ .

٢- حق من هم تحت ولايته من أفراد العائلة في إدخال الصهر الجديد

٣- حق نساء قرابته فيما يتعلق بالمهر باعتبار القياس على مهر المثل فيما بعد .

فهذه الحقوق قد تتداخل مع حق الزوجة في العقد عند رضاها بزوج ذي مواصفات معينة قد يكون فيه عيب من العيوب الجسمية أو المتعلقة بأوصاف الكفاءة أو بالمهر ، وهنا تبدأ الموازنة بين الحقوق فمتى ما غلب حق الولي ومن يمثل ، جاز له طلب الفسخ ، ومتى ما غلب حق المرأة لم يجز له ، وهذا يجري في كل مذهب من مذاهب الفقهاء بحسب ما يرى فقهاؤه من تغليب مصلحة على أخرى بحسب قوتها وشدة أثرها . وهذا التغليب هو سبب من أسباب حصول الخلاف في أفراد الحالات التي يجوز التفريق بناء عليها . فالحنفية مثلا نصوا على (أن حق الولي في النكاح صيانته عما يوجب لحوق العار والشين به بنسبة من لا يكافئه بالصهرية إليه وقد بطل هذا المعنى بالتزويج من كفء ، يحققه أنها لو وجدت كفأ وطلبت من المولى الإنكاح منه لا يحل له الامتناع ولو امتنع يصير عاضلا ، فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقده بنفسه) [١].

إلا أن الفقهاء نبهوا على أن الأمور المتعلقة بالطبع الخاص بالزوجة ليس للولي طلب التفريق بسببها وان كان فيه ضرر عليها أو عليه بالنتيجة ، لأن الطبع لا تجري فيه النيابة وهو مسألة تقديرية و نسبية تقدرها الزوجة ذاتها ولا ينوب عنها أحد في ذلك[٢] .

المطلب الثالث

الحالات التي يبني عليها الولي طلب التفريق

أولا : الحالات وفق المذهب الحنفي

جعل الحنفية سعة للولي في طلب التفريق في حالات ثلاث هي[٣] :

١- في حال تزوجت المرأة غير كفء لها.

٢- في حال تزوجت المرأة دون مهر مثلها ورفض الزوج إتمام المهر .

٣- في حالة التغرير والتدليس وذلك عند اشتراط صفة في الزوج و إجراء العقد على أساسها فيظهر بعد ذلك أن الزوج دون هذه الصفة .

---

[١]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٤٧.

[٢]- الغزالي ، الوسيط :ج٦ص٢٢٦ .

[٣]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ص١٠٠ . الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٣١٨

الحالة الأولى تعنى بعناصر الكفاءة العامة ،والمشترطة حكما ولو لم ينص عليها فـالإخلال بها يعطي الولي الحق في فسخ العقد لأنه غير لازم في حقه قبل موافقته ، والكفاءة معتبرة عند الحنفية بحسب الأصل بالنص النبوي الوارد عندهم (ولا يزوجن إلا من الأكفاء)[١].

والحالة الثانية أيضا مرتبطة بنفس المورد وهو الكفاءة لكن بعنصر خاص منها وهو الكفاءة المالية ، والخصوص في هذه الحالة أن الزوج قد يكون كفؤاً من الناحية المالية للمرأة إلا انه يعطيها في العقد أقل من مهر مثلها فجاز للولي الاعتراض مع أن المهر حق للمرأة في الظاهر إلا أن الحنفية قد تنبهوا إلى أن المرأة بذلك قد تسبب ضررا ماليا لقريباتها برضاها بما هو دون مهر المثل لأن مهر المثل هو مهر قريبات المرأة من جهة أبيها، ومن هن في مثـل حالهـا ،و مهر المثل يلجأ إليه لحل كثير من إشكاليات المهر في الزواج ،ويكون هو المعتمد لحل الخلاف، فإذا قل عن المعروف عندهن تتضرر الأخريات به ، ولذا فقد أعطوا الولي الحق فـي المهـر كالمرأة في شأن التسمية دون الاستيفاء [٢].

والحالة الثالثة تعنى ببعض العناصر والصفات الإضافية ،التي تعتبـر اسـتكمالا لـصفات الكفاءة التي لم تعتبر في الإطار العام الضمني ،وتكون بحسب رغبة المرأة ووليها ، ويـشترط لترتيب أحكام الكفاءة عليها اشتراط وجودها ثم تخلفها في الواقع .

ثانيا : الحالات وفق المذهب المالكي والشافعي والحنبلي وهي على النحو الآتي :

١- عدم كفاءة الزوج[٣] ، قال النفراوي (إن أسقطتها المرأة مع الولي سقطت مراعاتها وان أسقطها أحدهما فحق الآخر باق)[٤] ولذا فقد علل بعض المالكية اشتراط وجود الولي في عقد النكاح بسبب أهمية الكفاءة ، كما أورد صاحب التاج والإكليل قال: (طلب الولي إنما هو لتحصيل الكفاءة بنظر الولي فيها)[٥].

٢- عدم موافقة الولي[٦].

٣- وجود عيوب في الزوج التي تجيز التفريق من قبل الزوجة [٧].

[١]- الحديث أخرجه البيهقي في سننه ج٧ص١٣٣ ، قال الزيلعي في نصب الراية ج٢ص١٩٦ : روي الحديث عن مبشر بن عبيد وأحاديثه موضوعة ، وأضاف : وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا تقوم بأكثرها حجة .

[٢]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ص١٠٠ و ٩٧ ، المرغيناني ، الهداية شرح البداية :ج ١ص٢٠٢

[٣]- ابن قدامة ، المغني : ج ٧ص٢٧ .

[٤]- النفراوي ، الفواكه الدواني :ج٢ص٩ .

[٥]- التاج والإكليل : ج٣ص٤٣٢ .

[٦]- العدوي ، حاشية العدوي : ج٢ص٤٩ ، الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ص١٤٧ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص ٤٨ .

[٧]- الأنصاري ، الغرر البهية :ج٧ص٤٥٣ ،الفيروز أبادي ، التنبيه :ص١٦٢ ، ابن قدامة ، المغني : ج ٧ص٢٩ .

و العيوب عند المالكية حق المرأة فقط ليس للولي فيه رأي[١] ، وقد استند الفقهاء فيما يتعلق بموافقة الولي إلى النص ، وفي الكفاءة كذلك ، والى القياس في مسألة العيوب بجامع تعدي الضرر إلى الولي ومن هم تحت ولايته .

ثالثا : الحالات وفق المذهب الزيدي

الحالات التي يسمح للولي أن يطلب التفريق بسببها وفق مذهب الزيدية هي

١-عدم الموافقة على إجراء العقد[٢].

٢-عدم كفاءة الزوج[٣] .

المطلب الرابع

تحديد مجالات الاجتهاد في الحالات

يمكن تحديد مجالات الاجتهاد في التفريق بطلب من الولي بحسب اتجاهات الفقهاء في تلك الحالات في الأمور التالية:

أولا : التفريق بسبب عدم الكفاءة

استند الفقهاء في التفريق بسبب عدم الكفاءة إلى النصوص الواردة في ذلك في الجملة، لكن تعددت اجتهاداتهم في عناصر الكفاءة و أفرادها بين موسع ومضيق ، ويظهر كبير الأثر للكفاءة لدى الحنفية ، لأنهم لم يشترطوا الولي ابتداءً في العقد ،فكان لا بد من مراعاة الصفات ليحق له الاعتراض على العقد ، لأن الحنفية يصححون العقد دون حضور الولي ، ويكتفون بموافقة أحد الأولياء عند التعدد [٤] ، بينما الجمهور فللكفاءة عندهم أهمية أقل بعد انعقاد العقد ، لأن العقد لا ينعقد صحيحا إلا بحضور الولي ، ولا يظهر أثر الكفاءة بعد العقد إلا في حالات تعدد الأولياء ، أما أهميتها قبل العقد فتظهر في حال عضل الولي ورفضه التزويج .

والمالكية من الجمهور لم يتوسعوا في خصال الكفاءة كثيراً ، وجعلها الإمام مالك في الدين فقط وروى عنه ابن القاسم (إذا أبى والد الثيب أن يزوجها رجلا دونه في النسب والشرف إلا انه كفء في الدين فان السلطان يزوجها، ولا ينظر في قول الأب والولي من كان، إذا رضيت به ، وكان كفؤا في دينه ، ولم اسمع منه في قلة المال شيئا) [٥] ، إلا أن المذهب لدى المالكية أوسع منه عند مالك في الخصال [٦] .

١- تالدردير ، الشرح الكبير : ج٢ص٢٤٩ .

٢- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص٢٣و ٤٧و ٥١. العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص٦٩ .

٣- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٤٧و ٥١. العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص٦٩ .

٤- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٣١٨.

٥- ابن عبد البر ، التمهيد :ج١٩ص١٦٣ .

٦- العدوي ، حاشية العدوي :ج٢ص٦٢ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية : ج١ص١٣٢ .

ولذا فإن مجالات الاجتهاد تتحدد في خصال الكفاءة [١] ، و في حق كل ولي من الأولياء على انفراد في عناصر الكفاءة عند تعدد الأولياء .

ثانيا : التفريق بسبب العيوب

مجال الاجتهاد بين الفقهاء في مسألة العيوب انحصرت في أمور عدة ، في بيان حق الولي في أن يكون له رأي في التفريق للعيب عند قبول المرأة به ، وفي بيان أنواع العيوب التي تمكن الولي من طلب التفريق بناء عليها ، وفي حق كل ولي من الأولياء في الاعتراض عند وجود العيب عند تعدد الأولياء إذا قبل البعض ورفض الباقون .

جعل جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من التفريق للعيوب التي تظهر في الزوج ولم يقبل بها الولي ولم يكن على علم بها حقا للولي والمرأة معا يمكنهم من فسخ النكاح بسبب وجودها [٢] ، لأن الولي قد يعير بذلك ، أو قد تنتقل آثار العيوب إلى النسل مستقبلا. وقد ذهبوا إلى ذلك قياساً على الكفاءة ، لآن السلامة من العيوب عندهم حق للمرأة والولي وليس للمرأة فقط .

أما الحنفية فقد خالفوا في ذلك ، وجعلوا مسألة العيوب من حق الزوجة ، فإذا قبلت بها فليس للولي الاعتراض عليها فيها [٣].

ثالثا : التفريق لعدم قبول الزوج إتمام مهر المثل

خالف الحنفية الجمهور هنا ، حيث جعلوا للولي حقا في ذلك ، ورأوا أن ضرر عدم إتمام المهر متعد اليه والى عائلته ، فيكون الزوج بالخيار إما أن يتم للمرأة في التسمية مهرها ليصل إلى مهر مثلها أو يفارقها ، وأعطوا الخيار للمرأة في حق الاستيفاء بعد ذلك ، إن شاءت استوفته كله أو بعضه ، لأن الاستيفاء حق خالص لها[٤] ، أما الجمهور فقد جعلوا المهر من خالص حق المرأة ،تسمية واستيفاءً ، ليس للولي أن يتدخل فيه إذا قبلت به .

---

[١]- وهي عند الحنفية : الحرية والمال والدين والحرفة ، انظر : الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٣١٨

[٢]- الغزالي ، الوسيط ، ج٥ص١٦٢ ، الأنصاري ، الغرر البهية :ج٧ص٤٥٣ ،الفيروز أبادي ، التنبيه :ص١٦٢ ، ابن قدامة ، المغني : ج ٧ص٢٩ .

[٣]- ويظهر ذلك من خلال اقتصار الحنفية على الخصال المذكورة دون الإشارة إلى العيوب وفي باب العيوب لم أجد لهم نصا يعطي الولي مثل هذا الحق كما ذكر الجمهور .

[٤]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص٣٢٢.

رابعاً : التفريق لعدم موافقة الولي

مجال الاجتهاد في هذه المسألة منوط بمدى اشتراط الولي في انعقاد العقد ، فالتفريق لعدم موافقة الولي مرتبط عند الحنفية بعناصر الكفاءة ومهر المثل والصفة المشروطة وهي الأمور المذكورة سابقاً ولا يوجد عند الحنفية تفريق لعدم الموافقة المجردة عن الأسباب لانعقاد العقد دون الولي ، أما جمهور الفقهاء فوجود الولي ، وضرورة عدم اعتراض أحد الأولياء حال اشتراكهم في الدرجة ، مرتبط بأصل الانعقاد ، فإذا لم يكن ولي عند العقد ، لم ينعقد العقد أو انعقد فاسداً ،وكان للولي عندئذ طلب التفريق لمجرد عدم موافقته .

خامساً : التفريق للتغرير والتدليس .

التفريق للتدليس على الولي في غير الحالات المذكورة سابقاً مرتبط بالصفة المشروطة بالعقد وهي راجعة في كنهها وحقيقتها إلى مسألة الكفاءة، لكن تختلف عنها بأن كتمان الصفة المرغوبة في الزوج لا يعتبر تدليسا إلا باشتراط الصفة في العقد ، وتخلفها واقعاً ، ولا يكتفى بمجرد إخفاء وجود الوصف ، إلا أن يكون من خصال الكفاءة المعتبرة ، فلا حاجة لاشتراطه عندئذ.

المطلب الخامس

اختيارات القوانين في حالات التفريق من قبل الولي

أولا : القانون الأردني

حصر القانون الأردني حالات طلب الولي التفريق بثلاث هي :

١- حالة عدم الكفاءة وذلك إذا تزوجت المرأة دون ولي لها .

٢- حالة إنكار البكر وجود ولي لها وقيامها بإجراء العقد على نفسها ثم ظهور وليها.

٣-حالة العقد بموافقة الولي ابتداء و اشتراطه الكفاءة ، ثم تبين عدم الكفاءة وذلك سنداً للمادة ٢١

واشترط القانون في هذه الحالات أن تكون قبل وجود حمل لدى الزوجة ، فوجود الحمل يعتبر مانعا من قبول طلب الولي التفريق ، وذلك سندا للمادة ٢٢ وهذا الاشتراط عدم الحمل ورد حفاظاً على النسل من الضياع بفسخ العقد وتفرق الأسرة في أمر يمكن مراعاة الخلاف فيه و موازنة بين المفاسد والمصالح وهذا له سند عند المالكية فهم يحكمون في بعض الحالات

بوجوب الفسخ قبل الدخول وبعده ، ويستثنون حالة الفوت و الفوت عندهم يكون بتطاول المـــدة أو بالولادة [١].

ثانيا : المدونة المغربية

جعلت المدونة المغربية المرأة الرشيدة أحق بنفسها من وليها في مسائل النكاح ، ولـــذا فقد قلصت الأسباب ولم تجعل للولي شأنا فيها إلا إذا كانت الزوجة قاصراً دون ســن الثامنـــة عشرة، وهي الحالة التي يشترط فيها موافقة الولي في أصل العقد ، و إذا عقد العقد دون موافقة الولي فينفسخ قبل البناء وبعده سندا للمادة ٦١ من المدونة و المادتين ٢١، ٢٥ .

ثالثا : مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري و السوري

مشروع القانون الموحد شأنه شأن معظم التقنينات الحديثة –نسبيا – لم يتوسع في حـــق الولي كما هو الشأن فقهيا ونحن من خلال عرض القوانين نجد أنها تتجه إلى التقليل مـــن دور الولي في النكاح ، وقد انحصر دوره في التفريق في المشروع الموحد في التفريق لعدم الكفاءة وفق المادتين ٢٧ و ٢٨ منه . ويتضح قولي أكثر في ما ذهب اليه القانون نفسه من جعل الولي ثلاثة فقط هم الأب والجد والأخ وغيرهم لا اعتبار له ولو لم يوجد أحد الثلاثة[٢] . كما حـــددت عناصر الكفاءة بصلاح الدين والعرف فقط [٣] .

كما أعطى القانون للولي الحق بطلب التفريق إذا تم التغرير به في مسألة الكفاءة كـــأن ادعـــى الزوج الكفاءة أو اشترطت عليه في العقد ثم تبين أنه غير كفء للزوجة ، لأجل ذلك يتأكد حق الولي في طلب الفرقة [٤] .

المطلب السادس

الرأي المختار

بداية سألقي الضوء على طريقة اختيار القوانين ، فالناظر إلى المواد المتعلقة بـــالولي وأحكامه يرى بشكل واضح أمرين :

الأول : أن نصوص القوانين الحديثة تتجه إلى التوسعة على المرأة في حريـــة العقـــد بشكل عام فالقانون الأردني لم يشترط الولي في المرأة الثيب[٥] ، وتوسع في إجازة العقد بالولي الأبعد أو ولاية القاضي حال غياب الولي الأقرب أو حال تعذر أخذ رأيه ، والعبارة القانونيـــة

---

[١]- الشنقيطي ، تبيين المسالك :ج٣ص٦٤ .
[٢]- المادة رقم (٢٧) فقرة / ب من المشروع .
[٣] - المادة رقم (٢٦) من المشروع .
[٤]- المادة رقم (٢٨) من المشروع .
[٥]- المادة ١٣ .

الدالة على توسع القانون هي (تعذر أخذ الموافقة في الحال) [1]. أما القانون المغربي فقد نص على أن المرأة الرشيدة البالغة من العمر ثمانية عشرة سنة أحق بنفسها من وليها [2].

الثاني : مع هذا التوسع في حق المرأة إلا أن القانون كذلك ضيق علـــى الـــولي فـــي عناصر الكفاءة ولم يتوسع بها ، مع أن ظاهر الحال يقتضي وجود توازن بـــين حـــق المـــرأة والولي بحيث إذا توسع في حق أن يتوسع في الأخر وهكذا وذلك إذا أردنا أن نبقي حقا للـــولي في زواج المرأة ولكن يظهر أن القانون قد اتجه إلى تقليص حق الولي على حـــساب المـــرأة ، ولعل الرغبة في استقرار العقود بعد انعقادها أدى إلى هذا التوجه في عدم التوسع في خـــصال الكفاءة ، لكن كان الأولى عدم التوسع كثيرا في إجازة العقد دون الولي ، فالقـــانون الأردنـــي حصر خصال الكفاءة في العنصر المالي فقط وفي جزء منه وهو القدرة على دفع المهر المعجل والنفقة [3] ، بينما القانون المغربي لم يجعل للولي حقا في الرشيدة مطلقا .

وهذا التوجه للقوانين نلحظ فيه جيدا البعد عن مناهج الفقهاء بعدا كليا فهو في حق المرأة اتجـــه إلى الفقه الحنفي ، وفي حق الولي اتجه إلى الفقه المالكي وهذا تلفيق مذهبي لـــم يأخـــذ بعـــين الاعتبار التوازن الذي أسسه كل مذهب في مجمل أحكامه .

ولذا فالذي أراه أن يكون هناك مزيد عناية عند التقنين لمسائل التوازن المذهبي الكلي في الباب الفقهي الواحد .

المبحث الرابع

طلب التفريق من قبل الادعاء العام

المطلب الأول

التعريف بالمدعي العام والشروط الواجب توفرها فيه

لقد تبين لنا من خلال المباحث الثلاث السابقة أن طالب التفريق ومدعيه هو شـــخص صاحب مصلحة وعلاقته مباشرة بطلبه، حيث يطلب حقا شخصيا له ،وهو الزوج والزوجـــة والولي، لكننا في هذا المطلب سنبحث في شخص يدعي الحق ، لا لنفسه بـــصفته الشخـــصية مباشرة ، و إنما بصفة أخرى لا تختص به وحده ، ولا تربطه بأطراف الدعوى علاقة مصلحة مباشرة أو قرابة.

---

[1]- المادة ١٢ .
[2]- المادة : ٢٥.
[3]- المادة : ٢٠ .

و إنما بصفته فردا مسلما من أفراد الدولة و المجتمع الإسلامي ، وهذه العمومية في المدعي تقودنا بداية إلى إلقاء نظرة سريعة على الدعوى والمدعي فيها.

المدعي في دعوى التفريق

دعوى التفريق كغيرها من الدعاوى التي ينظرها القاضي ، لا بد فيها ممن مدع وادعاء ومدعى عليه ،والأصل في الدعوى أن يتقدم بها مدع يحوي صفات معينة ، ليستجاب لطلبه في نظر الدعوى ،والدخول في موضوعها ، فان لم يحو هذه الصفات رد القاضي الدعوى دون الدخول في موضوعها ، وذلك لعدم تحقق الخصومة من قبل هذا الشخص.

والصفة في المدعي ،ومن هو ؟ وما هي شروطه ؟ أبحاث فقهية تفصيلية ، يرجع في تفصيلها إلى مظانها من كتب الفقه ، إلا أن الذي يعنينا في هذا المبحث شرط واحد من شروط المدعي، وهو ما يسميه الفقهاء والقانونيون الصفة [1] ؛ فمن هو صاحب الصفة في رفع دعوى التفريق ومن الذي يملك المخاصمة فيها .

يمكن أن نحدد المدعي في دعوى التفريق وفق قواعد المرافعات كما يلي :

١- صاحب الحق الأصيل وهو هذا الزوج أو الزوجة أو الولي .

٢- من ينوب عن صاحب الحق وهو وكيل كل واحد منهم أو الولي أو الوصي.

٣- الجهة الثالثة : كل فرد من أفراد المجتمع المسلم له الحق بالادعاء في قضايا محدده ويعتبر ذا صفة فيها ، وهي القضايا التي تتعلق بالنظام العام ، والتي تتم المطالبة بها بحق من حقوق الله ، وهو ما يعرف في الفقه بدعاوى الحسبة .

وهذه الصفة المخولة لكل فرد تستند إلى اصل عظيم في الشرع ، وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وحيث أن مدار الدعوى في دراستنا هذه عقد النكاح ،وما ينشأ عنه من مسائل مثل الطلاق والفسخ والنكاح والعدة ، فان هذه الأمور من القضايا المتعلقة بالأبضاع ، وهي مما يتعلق بها حق الله تعالى ، وتدخل في اختصاص كل فرد مسلم بهذا الاعتبار، كما أن هناك علاقة وثيقة بين ما يقبل به الشهادة حسبة وفق المنظور الفقهي ، وما يمكن أن يدعى به حسبة أما القضاء ، قال ابن عابدين : (فكل ما تقبل به الشهادة حسبة يصدق عليه انه تقبل فيه الدعوى حسبة)[2]، وقال ابن مفلح الحنبلي : (تصح دعوى الحسبة من كل مسلم مكلف رشيد في حق الله تعالى)[3] .

---

[1]- انظر محمد نعيم يلسين ، نظرية الدعوى:٢٨١ . و الشربيني ، الاقناع :ج٢ص٦٣٥، الدمياطي،اعانة الطالبين ج٤ص٢٩١.

[2]- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار :ج٤ص٤١٠ .

[3]- ابن مفلح، المبدع:ج١٠ص٧٩ .

والحنفية توسعوا في دعوى الحسبة لأن أصول التقاضي عندهم تشترط تقدم الـدعوى على الحكم ، وإلا كان إفتاء ولم يكن قضاء ، وسبق الدعوى شرط في القضاء القـصدي[١] دون الضمني[٢] أو الفعلي عندهم وكذلك في الدعوى حسبة[٣].

وقد ذكر الحنفية فائدة لدعوى الحسبة وهي في حال عدم وجود البينة ، وذلك لتوجيه اليمين إلى المدعى عليه ليحكم بنكوله إذا نكل[٤] .

أما الشافعية فعندهم وجهان في دعوى الحسبة ، ففي وجه لا تسمع ،و يكتفى بالبينـة المقدمة من قبل شاهد الحسبة ، فتسمع البينة وينظر فيها دون دعوى ، وفي وجـه آخـر تسمع دعوى الحسبة ، لأن البينة قد لا تساعد في الإثبات ،وقد يراد من الادعاء استخراج الحق بإقرار المدعى عليه [٥] ، وأما ما تقبل فيه شهادة الحسبة عندهم هو كل ما تمحـض حقا لله تعالى ، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضا الآدمي كالطلاق والفراق ، وتحريم الرضاع والنسب وبقاء العدة وانقضاؤها وتحريم المصاهرة والبلوغ والإسلام والكفر ،أمـا حق الآدمي فلا تقبل فيه شهادة الحسبة [٦].

وعند الحنابلة[٧] روايتان في المذهب في جواز سماع الدعوى من مدعي الحسبة

الأولى : لا تسمع وشهادة شهود الحسبة هي في مقام الدعوى فلا يحتاج الأمر إلى دعـوى متقدمة على الشهادة .

الثانية : تسمع من كل مسلم مكلف رشيد في حق الله .

وقد قال الشوكاني شاهد الحسبة خير الشهداء لأنه لو لم يظهرها لضاع حكم من أحكام الدين وقاعدة من قواعده[٨] .

وبعد هذا القول للفقهاء يتضح لنا الصفة التي تجيز للشخص إقامـة دعـوى لا تتعلـق بشخصه ، و إنما رعاية لحق الله والمجتمع ، لأن الحفاظ على أوضاع الهدى والرشد فـي المجتمع يعود نفعه في المجمل على المجتمع كله ، و إذا انتشر الخبث والمعصية والمنكـر

---

[١]- القضاء القصدي هوالقضاء الذي يكون منصبا على الحق المدعى به المطلوب الحكم به .
[٢]- القضاء الضمني هو القضاء الذي يكون الأمر به غير مقصود أصالة في الدعوى بل يدخل ضمن المدعى القصدي . انظر فيهمامحمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى: ص ٦٦٥.
[٣]- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار :ج٥ص٣٩٦ .
[٤]- ابن الهمام ، شرح فتح القدير :ج٤ص٥٠٤ .
[٥]- النووي،روضة الطالبين:ج١١ص٢٤٤،البجيرمي ،حاشية البجيرمي:ج٢ص٦٥،الشرواني ،حواشي الشرواني:ج١٠ص٢٣٧ .
[٦]- النووي،روضة الطالبين:ج١١ص٢٤٣ .
[٧]- البهوتي ،كشاف القناع:ج٦ص٣٣١ ، المرداوي ، الانصاف ج١١ص٢٤٦ .
[٨]- الشوكاني ، نيل الأوطار: ج٩ص٢٠٩ .

عاد أثره على المجتمع كله ؛ قال تعالى : (واتقوا فتنة لا تـصيبين الـذين ظلمـوا مـنكم خاصة)[١].

وهذا التقديم ينقلنا إلى بيان علاقة هذا المدعي بالصفة العامة ، بدعوى التفريـق علـى الخصوص ، و بيان وجه الحق العام فيها،لأن دعاوى التفريق متعددة و متنوعة ، منها مـا هو حق خالص للمرأة أو للرجل أو الولي ، وما كان كذلك فلا يحق لأي فرد أن يدعي نيابة عن هؤلاء حقهم الخاص ، أو يطالب به دون نيابة خاصة منهم ، حقيقية أو حكميـة ، وإن فعل فلا تسمع دعواه ، لأنه لا خصومة له في ذلك .

أما الأنواع من حالات التفريق التي لا تعتبر حقا خالصاً لأطرافها ،وفيها حق غالب لله وهي القضايا التي تتعلق بأصل تشريع النكاح ، وأحكامه القاضية بالحل والحرمة ، فان حكم الفقهاء بأن العقد بين الزوجين عقد فاسد أو باطل ، فلا يحل أي واحد منهمـا للآخـر ، و يجب عليهما المتاركة و الانفصال ، فإذا تبين استمرار التقائهما ومعاشرتهما اسـتناداً إلـى العقد الفاسد أو الباطل ، وجب التدخل لإزالة هذا المنكر الواقع بينهما .

وكذلك الأمر حال طروء أمر ما على العقد ، حكم الفقهاء بأنه مفسد للعقد أو بأنه يرفع حكم الحل فيه ، كطلاق الرجل زوجته بائنا أو ردته وما شابه ذلك .

وهاتان الحالتان قصرا ، هما اللتان يجوز لغير صاحب العلاقة أن يكون مدعيا فيهما فـي دعوى التفريق .

وهذه الحالات لها تفصيلات كثيرة واختلافات بين الفقهاء فيما يعتبر فاسداً أو باطلا من العقود ، و فيما تجبر المرأة على متاركة زوجها بسببها أو لا ، وهو مما لا بـد أن يعلمـه المدعي ليكون التدخل من قبله تدخلا سليما صحيحا . ولهذا سيخصص المطلب الثاني مـن هذا المبحث لذكر هذه الحالات واختلاف الفقهاء فيها .

وتلخيصا لما مر ، فان هذا الشخص الذي يقوم بهذه المهمة ،هو الفرد المسلم المكلـف شرعا الذي يدعي حقا من حقوق الله لا حقا شخصيا له ، ولا بصفته الشخـصية كـذلك ، ويمكن من ذلك الخلوص إلى بعض الشروط لمن يقوم بهذه المهمـة ، والتـي وردت فـي النصوص التي ذكرتها ، وهي أن يكون مسلما وأن يكون بالغا عاقلا و أن يكون عالمـا شاهدا بما يدعي به.

---

[١]- سورة الأنفال ، الآية رقم (٢٥)

وهذه الشروط ذكرها الفقهاء عملا بما كان يجري في زمانهم ويناسبه ، إذ إن المدعي العام هو في الأصل شاهد الحسبة عندهم ، وهو لا بد أن يكون شاهدا بما يدعي به ولا بد أن تنطبق عليه شروط الشاهد المقبول شهادته .

النظرة الحديثة للادعاء العام [1]

الادعاء العام لم تكن فكرته حكرا على الفقهاء فقط ، وان كانوا هم من أسس له ابتداءً، إلا أن طبيعة التقاضي في زمانهم جعلت من فكرة الادعاء العام والشاهد والمحتسب متوازنة مع ذلك النظام ، حيث كان يكتفى أن يحضر الشاهد للقاضي ، ويشهد بما علم بعد استدعاء المشهود عليه ،وتتشكل بذلك الدعوى ، وتقدم البينات إن وجدت ثم يكون الحكم، إلا أن التطور الذي جرى على مرفق القضاء و أعوانه في العصور الحديثة ، جعل الحاجة ماسة إلى تطوير فكرة الادعاء العام ، وربطه بما يسمى بالنظام العام ، والقواعد العامة في النظام التشريعي ، ونكاد نجد ذلك في كل الأنظمة القائمة مع اختلاف في مضمون الحق العام في كل مجتمع ، بحسب دينه وأعرافه وبيئته .

وقد تأسس من الفكرة الفقهية التي كانت سائدة ، ضرورة وجود من ينوب عن المجتمع في الدفاع عنه في القضايا المتعلقة بأمن المجتمع ، وحمايته وحماية نظامه ، سواء الأخلاقي أو الاجتماعي أو المسلكي ، وذلك لأن الضرر المترتب على الإخلال بتلك الأمور ضرر عام يتمثل في صور عديدة منها :

١- الافتئات على التشريع.

٢- قلب الحلال حراما والعكس.

٣- المخالفة الواضحة العلنية لنصوص التشريع .

٤- الاستهانة بحدود النظام العام و أخلاقيات المجتمع العامة .

٥- إشاعة الفاحشة والفساد والإخلال بالأمن .

٦- ضياع حقوق الناس على المستوى الجمعي .

ولذا فقد تقرر لدى القانونين وجوب وجود ادعاء عام لما يترتب عليه من مصلحة عامة ،لا يجوز تركها أو إلغاؤها أو الاتفاق على خلافها أو التصالح عليها .

والادعاء العام بهذه الصورة ليس خصما شخصيا ،و إنما هو بمثابة الحارس للقانون، ولتشعب الحياة وتطورها والتعقيدات التي وجدت فيها ، وجد القانونيون أنفسهم في ضرورة لأن يقوم بهذه المهمة جهاز خاص ، فأنيطت مهمته بالجهات القضائية لأهميته ، فأوكل إلى

---

[1]- انظر : محمد نجم ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني (١٩٩١) الطبعة الأولى ، دار الثقافة ،عمان، ص٤٦

القضاة إضافة إلى مهمتهم القضائية مهام الادعاء العام ، وذلك لما يجب أن يتمتع به القضاة في الأصل من علم ودراية وخبرة واستقلالية .

والادعاء العام يقوم عمله على مرحلتين[١]:

الأولى : مرحلة تحقيقية تتمثل في تدقيق الادعاء المقدم والشكاوى الواردة من عموم الناس وما يرد من الدوائر المتخصصة ، ثم البحث في جدية الادعاء وارتباطه بأحكام القانون وطبيعة ومدى الانتهاك للقانون ثم البحث عن الأدلة والبينات المؤيدة لذلك .

الثانية: مرحلة التقاضي وتتمثل في إحالة الادعاء إلى الجهة القضائية المختصة بصفته مدعيا عاما فيها ، لتأخذ بعد ذلك المحكمة زمام الأمور لتقوم بدعوة الخصوم وإجراء المحاكمة و ما يتبع ذلك من تقديم للبينات والأدلة والمطالبة بالحكم بموجبها .

وعليه فان الادعاء العام بما يملك من خبرات وصلاحيات ومعرفة في تطبيق القانون وفهمه له لأنه جهاز متخصص يملك القدرة على التمييز بين ما يعتبر جرما أو انتهاكا للقانون وما هو ليس كذلك ، كما له القدرة على تكييف الفعل المدعى به ووصفه القانوني الدقيق ليبقى الحارس العام للنظام والمجتمع وهو بالطبع لا يملك الإدانة ولا الحكم لأنه طرف في الدعوى وخصم فيها ليكون الفيصل والمرجع في كل ذلك في النهاية الجهة القضائية الحاكمة لتقرر الإدانة أو البراءة .

لكل ذلك فان القوانين الحديثة لا تجيز أن يقوم بالادعاء العام لدى القضاء أي فرد إلا من خلال المدعى العام المكلف بذلك ، ولكن يملك الأفراد تزويد المدعى العام بشكواهم وما يملكون من أدلة ومعلومات وذلك من باب التنظيم والتدقيق ، والحرص على جودة الأداء .

كما يلاحظ أن الفقهاء قديما كان شائعا عندهم في ما يتعلق بقضايا الحسبة ما يسمى المحتسب وأعوانه وكان له دور بارز في حماية العموم من أي خرق للنظام العام إلا أن فكرته مختلفة عن ما نحن بصدده حيث كان المحتسب دوره مقتصر على قضايا معينة ويقوم بأخذ الأحكام وتنفيذها مباشرة من قبله دون تقاض لأن الأمور الموكولة له كانت من الأمور الظاهرة التي يستطيع الحكم فيها على الحالة من خلال التلبس بها ، ولذا فإنه كان أقرب إلى الجهة التنفيذية منه إلى الجهة القضائية [٢] .

---

[١]- محمد نجم ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ، ص ٥٢.

[٢]- انظر المحتسب ومهماته وطبيعة عمله : الماوردي ، الأحكام السلطانية :ص٢٩٩ .

الواقع المعمول به في القضاء الشرعي الأردني

رغم التطور الحاصل على فكرة الادعاء العام والحسبة في القانون ، إلا أن القضاء الشرعي في الأردن ما زال يحتكم في هذه المسائل إلى النصوص الفقهية القديمة ، ولم يتطور فيه تشريع حديث خلافا للتشريعات الموضوعية في الحقوق والأحكام ، كما هو الحال في القضاء النظامي الذي فيه للنيابة العامة و الادعاء العام قانون خاص ينظمه.

وان الواقع التطبيقي لما عليه العمل في المحاكم الشرعية ، وسندا للفقه الحنفي المعمول به في هذا الجانب ، أن أي شخص يمكن له أن يسجل دعوى أمام المحكمة في المسائل التي تتعلق بحق الله ، كالنكاح والطلاق والعدة والفرقة ، وكذلك إن بلغ إلى علم المحكمة قضية من هذه القضايا ، فإنها تقوم بتعيين مدع باسم الحق العام الشرعي ، وقد يكون الشخص المعين هو الشاهد ناقل الخبر ، أو أحد أقارب الشخص المعني ، أو أحد موظفي المحكمة ، ويكون هذا في الغالب إجراء شكلياً لغايات إجراءات الخصومة ، لأن من يعين بهذه المهمة ليس لديه القدرة على الادعاء أو تقديم البينات أو المرافعة ، و قد يكون لا علم لديه بأحكام الفقه وطرق التقاضي ، كما انه لا سلطة لديه للتحقيق في الموضوع أو جمع الأدلة والبينات من أصحابها أو سماع الشهود ، ولذا فقد يؤدي ذلك إلى تطويل أمد المنازعات أو ضياع وجه الصواب .

وفي بعض الأحيان ، لا يشكل الادعاء المقدم قضية أصلا ، لعدم الجدية فيها ، أو لعدم المعرفة بالحكم الشرعي المعمول به قضاء ، والذي قد يختلف عما عليه علم العامة من الناس .

كما أن من سلبيات عدم وجود تشريع خاص للادعاء العام ، وجود مخالفة جسيمة تتمثل في الاعتداء على مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها القضاء ، وهو استقلاله وحياده. فمثلا في القانون النظامي لا يجوز للقاضي الذي كان مدعيا عاما في قضية و أحالها إلى المحكمة أن ينظر فيها بصفته قاضيا ويحكم فيها ، كما أن القانون لا يسمح للمحكمة بأن تأمر بتحريك الدعوى ضد شخص لم تحرك الدعوى ضده من قبل المدعي العام ولو وجدت له علاقة بالقضية لئلا يكون القاضي خصما مدعيا ، وحكما بنفس الوقت [1].

وهذا ما يحدث لدى المحاكم في القضاء الشرعي الأردني ،وذلك عندما تعين المحكمة أو القاضي شخصا مدعيا عاما ، ثم تأمره برفع الدعوى باسم الحق العام ، وتفهمه الدعوى

---

[1]- محمد نجم ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ، ص ٥٩

وكنهها ، فهذا الإجراء يتناقض مع حيادية القاضي ، وهي في الأصل حيادية عامة بغض النظر عن طبيعة الحق المدعى به .

ولذا فإنني اقترح بعض الأمور التالية لدراستها تطويرا لفكرة الاحتساب والادعاء العام لدى المحاكم الشرعية ، من أجل وضع قانون شامل بشأنها خاص بالادعاء العام الشرعي ، بحيث يراعي القضايا التالية[1] :

أولا : تحديد الأشخاص الذين يقومون بهذه المهمة ويكونون من القضاة ، ويكون لهم أعوان ومساعدون .

ثانيا : يمكن أن يجمع القاضي بين مهمته القضائية ومهمة المدعي العام الشرعي لكن في غير ذات القضية ، إذ لا يجوز أن يكون القاضي مدعيا عاما في قضية ويحكم بها كذلك، لأنه سيحاكم ادعاءه .

ثالثا : يعطى للمدعي العام صلاحيات في التحقيق وجمع الأدلة والبينات وسماع الشهود قبل تحويل القضية إلى المحكمة للتحقق من أمور عدة هي :

١- جدية الدعوى .

٢- تشكيل خصومة حقيقية فيها .

٣- إمكانية إثباتها .

٤- تكييف الحق العام فيها و إبرازه .

٥- تحديد الطلب الموجه إلى الخصم للحكم به حال ثبوت الدعوى .

رابعا : يكون المدعي العام مسؤولا عن متابعة تنفيذ الأحكام الصادرة في دعاوى الحق العام لدى الجهة المختصة بالتنفيذ .

خامسا : يكون المدعي العام خاضعا في قراراته للجهة القضائية الأعلى ، بالصفة الولائية وليس بالصفة القضائية ، لأنه يقوم بإجراءات ولائية إدارية تحقيقية ، وليكون خاضعا لرقابتها في أعماله .

كما اقترح تشكيل لجنة أو هيئة تضم في عضويتها أصحاب خبرة من القضاء الشرعي والنيابة العامة والادعاء العام النظاميين ، وشرعيين وقانونين من أساتذة الجامعات لوضع القانون الخاص بذلك .

---

[1] - للتفصيل في وظائف المدعي العام انظر قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة١٩٦١ الباب الثاني المادة ٧ وما بعدها .

المطلب الثاني

الحالات التي يبني عليها المدعي العام طلبه التفريق

وهي حالات فساد العقد أو بطلانه ، سواء قلنا بالفرق بينهما أم لا ، حيث الفرق بينهما إن وجد محله الآثار المترتبة على كل واحد منهما ،أما وجوب التفريق فيجتمعان في حكمه ، فلا يحل البقاء على العقد الفاسد أو الباطل .

إن المدعي العام ليس طرفا من أطراف العقد ، ولذا فانه لا يتدخل في العقد بصفته الشخصية كونه ليس صاحب مصلحة مباشرة ، ولا تترتب عليه أية آثار ناتجة عن العقد ،إلا أن المدعي العام وبصفته الوظيفية العامة التي وضحناها في المطلب الأول ، فإنه يتدخل عندما يبلغ إلى علمه أن انتهاكا للنظام الشرعي العام قد وقع ، فيباشر التحقيق والتحقق ، فإذا ما تشكل لديه قناعة بأن مخالفة شرعية محظورة قد ارتكبت ، أحال الأمر إلى المحكمة بما يصاحب ذلك من الأدلة ، لتقول المحكمة في ذلك كلمتها الفاصلة .

وقد سبق وأن بينا أن المدعي العام عمله مرتبط بوجود مخالفة للنظام العام ، وان مصطلح النظام العام يراد به القضايا الجوهرية الهامة ، التي تمس الصالح العام وهي موجودة في كل التشريعات السماوية ، وحتى الوضعية منها ، إذ يشكل النظام العام الحماية لأفراد المجتمع بصفتهم الجمعية ، وهو القالب الذي يمثل الوحدة الموضوعية لأساسيات حياة الأفراد التي لا يقبل منهم مخالفتها ، أو الاتفاق على مخالفتها فيما يحدث بينهم من تصرفات أو تعاقدات.

وفي عودة إلى موضوع دراستنا ؛ فان النظام العام في موضوع التفريق القضائي ، متمثل في الأحكام الشرعية التي تعني بصحة عقد النكاح ، فعقد النكاح يتعلق بالأعراض ، وبابها في الشرع مقيد ومحدد ، فالأصل فيه التحريم إلا ما أباحه الشرع ، ولذا فانه لا يحق لرجل وامرأة أن يجتمعا اجتماع الأزواج إلا من خلال عقد تتحقق فيه الشروط الشرعية المعتبرة ، فإذا ما تخلف شرط من شروط الصحة ، انقلب العقد فاسدا أو باطلا ، ولم يجز أن تترتب عليه آثار العقد الصحيح من حل كل واحد لصاحبه .

وكذلك قد ينعقد العقد صحيحا ، إلا انه قد يطرأ عليه بعد انعقاده ما يفسده ، أو يرفع حكم الحل الذي رتبه العقد الصحيح ، وهنا يأتي دور المدعي العام في المخاصمة عن المجتمع لمنع مثل هذه العقود من الاستمرار حيث أنها واجبة الفسخ ،و أصحابها واقعون تحت حكم النهي قبل المتاركة فيما بينهما .

ويمكن أن يقوم بمهمة المدعي العام أصحاب العلاقة أنفسهم من زوج وزوجة وولي بصفتهم الشخصية ، وبصفة الادعاء العام ، وتدخل الصفة الشخصية لتأثرهم المباشر من هذه العقود ، إلا أن قيامهم بصفة الادعاء لا يزيل عن الدعوى صفة التعلق بحق من حقوق الله .
من كل ذلك نلاحظ أن طلب الادعاء العام التفريق ، مرتبط بمعرفة العقود الصحيحة من غير الصحيحة ، ولأن الأصل في عقود المسلمين حملها على الصحة فقد بين الفقهاء الحالات التي يكون فيها العقد فاسدا أو باطلا لتجتنب ، ولهذا فسيكون من الضروري دراسة أمرين:
الأول : عقود النكاح الفاسدة واجبة التفريق لأنها هي ذاتها الحالات التي توجب التدخل من قبل الادعاء العام لدى القضاء .

وقضية فساد الأنكحة من القضايا الفقهية التي تعرض لها الفقهاء بالتفصيل لأهميتها و هي كغيرها من مسائل الفقه العملية لم تحظ في كثير من تفاصيلها باتفاق الفقهاء ، فقد تعددت مناهجهم في طبيعة نظرتهم إلى العقود وتقسيمها فقد يحكم فقيه بفساد العقد ويحكم غيره بصحته ولكل أدلته وتأصيله .
الثاني : ما يطرأ على عقد النكاح بعد انعقاده ويؤدي إلى رفع الحل بين الزوجين كالطلاق الواقع من الزوج أو الطلاق الواقع حكما كما في الإيلاء عند الحنفية ، أو كطروء المحرمية بين الزوجين بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة بينهما أو بسبب اختلاف الديانة بالردة أو إسلام المرأة وهي في ذمة غير المسلم وإباء الزوج عن الإسلام وهكذا ، وسأقوم بعرض لهذه الحالات وفق مناهج الفقهاء فيها في الفروع التالية :

الفرع الأول

منهج الحنفية في الأنكحة الفاسدة وما يرفع الحل بين الزوجين

ويتضمن هذا الفرع حالتان :

أولا : منهج الحنفية في الأنكحة الفاسدة

من خلال دراسة فروع الحنفية في الأنكحة الفاسدة نستطيع الخروج بالقواعد التالية التي تمثل منهجهم واتجاهاتهم في الحكم على العقود فاسدها وصحيحها وكما ذكرت في التقديم فلن اعرض هنا للفرق بين الفاسد والباطل بحيث يكون ذلك أما القواعد فهي :
القاعدة الأولى : تنافي المحل بين الزوج والزوجة يفسد العقد [1]

---

[1] ـ السمرقندي،تحفة الفقهاء :ج٢ص١٢٢ ، السغدي ، فتاوى السغدي:ج١ص٢٥٣،الكاساني،البدائع:ج٢ص٣٣٧.

ومعنى تنافي المحلية أن تكون المرأة ليست محلا قابلا للعقد على الرجل سواء كان على سبيل التأبيد أو التأقيت ويشمل ذلك:

١-العقد على المحرمات من النساء نسبا أو رضاعا أو مصاهرة بشرط العقد الصحيح إن لم يحدث الدخول فالعقد الفاسد لا ينشر الحرمة دون دخول أو ما يقوم مقامه ٢- المحرمات بسبب حرمة الجمع بينهما ٣- والحرمة بسبب وجود المرأة في عقد الغير ٤- و المعتدة من غير الزوج ٥- ونكاح الخامسة ٦- والخامسة في عدة الرابعة أيا كانت العدة ٧- والمحرمات بسبب الديانة وهن المرأة الوثنية والمرتدة ٨- و المطلقة ثلاثا على زوجها قبل التحليل الشرعي ٩-ويشمل ذلك الرجل غير المسلم بالنسبة للمسلمة والرجل المرتد .

فكل عقد جرى على الصفة المذكورة يعتبر فاسدا لا يثبت حلا بين الطرفين ويكون واجب الفسخ.

القاعدة الثانية : (الوطء الحرام له حكم الوطء الحلال في انتشار الحرمة)

ومعنى ذلك أن كل امرأة جرى وطؤها أو لمسها بشهوة أو النظر إلى فرجها فإن ذلك يعتبر قائما مقام العقد الصحيح والوطء الصحيح في انتشار الحرمة فتحرم هذه المرأة على ابن الواطئ وأبيه ويحرم على الرجل تزوج ابنتها وأمها وهكذا ، وهذه الحرمة تجعل من المرأة محلا غير قابل للنكاح على التأبيد والعقد الجاري بهذا الوصف يعتبر فاسدا .

وأصل القاعدة عند الحنفية الآية (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) [١]

ووجه الاستدلال منها انه ينبغي حمل الكلام على معناه اللغوي ما لم يوجد صارف له إلى معناه الاصطلاحي والنكاح في اللغة موضوع للوطء والتقييد بكون المقصود بالوطء أن يكون حلالا زيادة على النص ولا تثبت الزيادة بخبر الواحد ولا بالقياس إضافة إلى اشتراك المعنى اللغوي مع المعنى الاصطلاحي حال وجوده .

وأضاف الحنفية إلى الوطء المستنبط من الآية اللمس والنظر إلى الفرج الداخل بشهوة وعلامة الشهوة عندهم انتشار الآلة ، لانهم اعتبروا اللمس والنظر من الأسباب الداعية إلى الوطء فتقام مقامه في موضع الاحتياط ، ودليلهم على ذلك أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد والوطء ينشر الحرمة من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا ، و اللمس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه ، ولأن الشبهة تعمل عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة وهذا المعنى لا يختلف بملك المحل بالعقد وهو البضع وبعدم الملك لان سبب البعضية حسي و إنما تكون هذه البعضية موجبة حرمة الموطوءة لأن البعضية الحكمية عملها كعمل حقيقية البعضية ،

١- سورة النساء ، الآية رقم(٢٢) .

وحقيقة البعضية توجب الحرمة ولذا تثبت أحكام النسب بالزنا من انتشار الحرمة ولا يثبت الانتساب للزاني[١].

القاعدة الثالثة : الشروط الفاسدة لا تفسد النكاح بل يلغو الشرط الفاسد ويصحح العقد

قال الكاساني : (النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة) [٢] وقد قرر هذه القاعدة جل فقهاء الحنفية وفي أكثر من موضع فالنكاح لا يفسد بالشرط الفاسد والأحق بالفساد هو الشرط لا النكاح ولذا فهم يصححون كل عقد دخله الشرط الفاسد ويلغون الشرط من حكم العقد[٣] .

ومن أمثلة الشروط الفاسدة عند الحنفية كاشتراط أن يطلقها بعد شهر من الزواج[٤].

القاعدة الرابعة : لا تأثير للصداق على عقد النكاح صحة أو فساداً[٥] .

لا يفسد عقد النكاح بفساد صداق ولا لنفيه فيصحح العقد مطلقا ، ويعالج موضوع فساد الصداق أو نفيه أو عدم ذكره وفق قواعد خاصة تتعلق بالمهر المسمى ومهر المثل دون التأثير عل العقد، قال الكاساني: (إن الشروط لو أثرت لأثرت في المهر بفساد التسمية ، وفساد التسمية لا يكون فوق العدم و عدم التسمية رأسا لا يوجب فساد النكاح ففسادها أولى _أي فساد الشرط) [٦]

القاعدة الخامسة : الأنكحة المنهي عنها نهيا صريحا لا لذاتها و إنما لاقترانها بمعنى فاسد، لا يؤثر النهي في صحتها وإنما في الوصف المقارن للنهي .

وتفصيل ذلك أن الأنكحة المنهي عنها في النصوص الحديثية كنكاح الشغار ونكاح التحليل والتي لا ترد فيما يعتبر من تنافي المحل لعدم قابليته فإن النهي أثره ينصب على المعنى الذي ورد لأجله وليس على أصل النكاح فيصح العقد ويلغو الوصف وذلك لإمكان إلغائه، ويعامل معاملة الشروط الفاسدة التي تلغى ولا يفسد العقد[٧] ، وأما نكاح المتعة أو المؤقت فإن التوقيت فيهما ليس بمنزلة الشرط عند الحنفية لأنه يعدم أصل العقد في الزمان الذي لم يعقدا فيه وهذا بخلاف الشرط الفاسد ، وخالف في ذلك زفر وألغى شرط التأقيت وصحح العقد[٨] .

---

[١]- صدر الشريعة : التوضيح مطبوع مع التلويح ج١ص٤١٨ ،ابن نجيم،البحر الرائق:ج٣ص١٠٥،السرخسي،المبسوط:ج٤ص٢٠٥،المرغيناني ،الهداية شرح البداية :ج١ص١٩٣ ،الكاساني،البدائع:ج٢ص٢٦١.

[٢]- الكاساني،البدائع:ج٢ص٢٨٥ .

[٣]- ابن نجيم،البحر الرائق:ج٤ص٦٣،السرخسي،المبسوط:ج٥ص٨٩، ابن أمير الحاج ،التقريروالتحبير :ج٢ص٢٦٣،الولوالجي،الفتاوى الولوالجية:ج١ص٣٢٧

[٤]- السرخسي ، المبسوط:ج٥ص١٥٣ .

[٥]- السرخسي ، المبسوط:ج٥ص٨٩.

[٦]- الكاساني ، البدائع:ج٢ص٢٨٥

[٧]- المرغيناني،الهداية شرح البداية:ج٢ص١١،ابن نجيم ،البحر الرائق:ج٤ص٦٣، الكاساني ، البدائع:ج٢ص٢٧٨

[٨]- السرخسي ، المبسوط :ج٥ص١٥٣ .

القاعدة السادسة : الخلل المتعلق بالمصلحة الأساس من العقد وهي اجتمـاع الـزوجين وقرارهما معا ، يؤثر في العقد ويفسده .

وهي الأنكحة التي لا تحقق مصالح النكاح الأساسية من اجتماع الزوجين ، والقرار للولد ،تعتبر فاسدة كنكاح المتعة ونكاح المرتدين ، وذلك لأن نكاح المتعة يقطع النكاح ، فهو بعد المدة كأنه غير منعقد ، ونكاح المرتدين لا فائدة منه ، لأن المرتد أشبه بالميت ،ومصيره إن كان رجـلا الموت بعد الاستتابة ،وهو في شغل يشغله عن النكاح ، وأما المرأة فمصيرها الحـبس حتـى التوبة أو الموت ،ومن كان هذا حاله فكيف يحقق المقصد من النكاح ، فلهذا السبب قالوا بفساده، ولا ينفع هنا إلغاء الوصف لأنه في حال المتعة يزيل الزوجية بعد المدة ، وفي حـال المرتـد وصف ملازم له ، إلا أن يعود عن ردته ، وعندها له ما للمسلمين من عقود بعد زوال المـوت الحكمي عنه[١].

القاعدة السابعة : تخلف أي شرط من شروط الصحة المعتبرة في النكاح يفسده.

وهذه القاعدة وإن كانت تنطبق على كثير من الأنكحة المذكورة إلا أن بعضها له قاعدة أخـص ولهذا أفردته فيها ، أما هنا فالحديث عن شروط صحة الانعقاد غير التي ذكرت وهـذا ينطبـق على الزواج دون شهود أو عدم الأهلية للعاقد[٢] .

ثانيا : منهج الحنفية فيما يمكن أن يطرأ على العقد مما يفسده أو يرفع حكم الحل

إن العقد إذا انعقد صحيحا فإنه يستتبع آثار الصحة ، وأهمها صفة الحل بين الـزوجين ،إلا أن هذا العقد قد يطرأ عليه طارئ يرفع حكم الحل ، وينتقل بالعقد من حال الـصحة إلـى حـال الفساد،ويختلف حكم الفساد في حالة طروء السبب عن حكمه في حال مقارنة الـسبب المفـسد للعقد، ويكمن الاختلاف في أن الفساد في حالة المقارنة ، يرجع إلى أصل العقـد مـن وقـت انعقاده، أما في حال طروء السبب فإن الفساد لا يتجه إلى أصل الانعقاد ، حيث يبقـى العقـد صحيحا من انعقاده ولغاية وقت حدوث السبب المفسد .

وهذه الحالة يخضع لها عقد الزواج ، لأنه من العقود المستمرة ،والعقود الممتدة تتطلب الاستمرار في وجود بعض الشروط الواجبة للصحة ، ولو بعد الانعقاد ، فإذا تخلف أحد هـذه الشروط عاد العقد إلى حكم الفساد ، وذلك لأن هذا العقد لا يحتمل بحكمه تخلـف مثـل هـذه

١- السرخسي ، المبسوط:ج٥ص٤٨،ابن نجيم ، البحر الرائق:ج٣ص١١٥، السغدي ، فتاوى السغدي:ج١ص٢٦٢،
٢- السرخسي ، المبسوط:ج٥ص٣١ .

الشروط ، والأمر الثاني أن يخلو العقد من تصرف فيه يرفع حكمه أو ينهيه ، كالطلاق البائن، وأما هذه الشروط فهي :

الأول : ضرورة استدامة حالة قابلية المحل المشروطة عند العقد ، ويمكن حصر الخلل الطارئ فيها بما يلي:

١-ردة أحد الزوجين ، أو تغير ديانة أحد الطرفين بما لا يجيز له المقام مع الآخر.

٢-فعل ما يوجب حرمة المصاهرة بين الزوجين ، كزنا الزوج بأم زوجته أو بنتها .

الثاني : ضرورة استدامة الأمر المتعلق بالمصلحة الأساس من العقد ، وهي اجتماع الـزوجين وقرارهما معا ولو حكما ويمكن حصر الخلل الطارئ فيها بما يلي:

١-اختلاف الدارين بين الزوجين ، وهذا مبني على الأحكام الخاصة للحنفية في اخـتلاف الدار الذي يقصدون به دار الإسلام ودار الكفر .

٢- سبي أحد الزوجين ، وهذا سبب لا وجود له الآن لانقضاء الرق .

الثالث : أن لا يقوم الزوج بتطبيق زوجته طلاقا بائنا ، فإذا فعل ذلك بأي شكل أو طريقة تثبت حكم البينونة ارتفع الحل بينه وبين زوجته ، وذلك يتمثل عند الحنفية في طريقين :

١-من خلال استخدام الزوج حقه في الطلاق .

٢-من خلال الطلاق الثابت حكما (بحكم الشرع) ، وهذا يتعلـق بـالإيلاء إذا مـضت المـدة المنصوص عليها دون أن يفيء الزوج فيها ويعود عن إيلائه ، لأن الطلاق يقع عنـد الحنفيـة بمجرد انقضاء المدة دون الحاجة إلى طلب المرأة أو تدخل القاضي .

ويلاحظ أن الحنفية يقللون من اعتبار فساد العقد في النكاح ، ويصححونه ما أمكن، ما لم يكـن هناك حرمة في ذات المحل بين الطرفين .

الفرع الثاني

منهج المالكية في الأنكحة الفاسدة وما يرفع الحل بين الزوجين

أولا : قواعد المالكية في الأنكحة الفاسدة يمكن تلخيصها بعد استقراء أحكام المذهب بما يلي:

القاعدة الأولى :

تنافي المحل بين الزوج والزوجة يفسد العقد ، ومعنى تنافي المحلية أن تكون المرأة ليست محلا قابلا للعقد على الرجل سواء كان على سبيل التأبيد أو التأقيت ويشمل ذلك[1]:

١-العقد على المحرمات من النساء نسبا أو رضاعا أو مصاهرة بشرط العقد الصحيح إن لم يحدث الدخول فالعقد الفاسد المجمع على فساده لا ينشر الحرمة دون دخول و أما غير المجمع على فساده فإنه ينشر الحرمة بمجرد العقد كالنكاح الصحيح[2] ٢- المحرمات بسبب حرمة الجمع بينهما ٣- والحرمة بسبب وجود المرأة في عقد الغير ٤- و المعتدة من غير الزوج أو الموجودة في حال استبراء ٥- ونكاح الخامسة ٦- والخامسة في عدة الرابعة إذا كانت رجعية٧- والمحرمات بسبب الديانة وهن المرأة الوثنية والمرتدة ٨- و المطلقة ثلاثا على زوجها قبل التحليل الشرعي٩ - والمنكوحة في العدة بعد الوطء ودواعيه تحرم على من نكحها حرمة مؤبدة فلا تحل له ولو انقضت عدتها استدلالا بفعل عمر رضي الله عنه ١٠- المرأة الملاعنة على من لاعنها ١١-ويشمل ذلك الرجل غير المسلم بالنسبة للمسلمة والرجل المرتد .

فكل عقد جرى على الصفة المذكورة يعتبر فاسدا لا يثبت حلا بين الطرفين ويكون واجب الفسخ.

القاعدة الثانية:

كل نكاح ورد النهي عنه ، فان النهي يقتضي فساده ،ولو لم يكن المنهي عنه مقارنا للعقد .

وتوجيه القاعدة كما ذكر ابن عبد البر (أن النكاح إذا وقع على غير سنته وطابق النهي فسد لأن الأصل أن الفروج محظورة فلا تستباح إلا على الوجه المباح) [3] ، وقد أصل لذلك القرافي قائلا: (أن النهي عندنا يقتضي الفساد ، وهو يكون لدرء المفاسد الكائنة في المنهي

---

[1]- انظر تفصيل المحرمات عند المالكية :القاضي عبد الوهاب،التلقين:ص٨٩ ، الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٢١٧،ابن جزي القوانين الفقهية :ج١ص١٣٧ .

[2]- الشنقيطي : تبيين المسالك:ج٣ص٦٦ .

[3]- ابن عبد البر،الاستذكار:ج٦ص٩٩

عنه، والمتضمن للمفاسد فاسد ، ومعنى الفساد في العبادات .... وقوعها على نوع من الخلل يوجب بقاء الذمة مشغولة ، وفي المعاملات عدم ترتب آثارها عليها إلا أن يتصل بها ما يقرر آثارها على أصولنا في البيع وغيره) [١].

وهذا يشمل الأنكحة التالية [٢] :

١-نكاح الشغار ٢-نكاح التحليل ٣-نكاح المحرم ٤-نكاح مخطوبة الغير التي ركنت إلى خاطبها ٥-نكاح المتعة ٦-نكاح السر ٧- النكاح وقت الزوال يوم الجمعة وقت الصلاة.

والفرق بين هذه القاعدة والتي قبلها أن المحرمات في القاعدة الأولى نص عليهن بذواتهن واقترنت الحرمة بهن أما هذه الأنكحة فقد وردت النصوص بالنهي فيها عن ذات النكاح ، ولذا نجد فقهاء المالكية كابن عبد البر [٣] يجمعون هذه الأنكحة في باب واحد عند بيان حكمها ويضيف بعضهم نكاح المعتدة إلى هذه المجموعة باعتبار الحرمة للوصف وليس للذات .

القاعدة الثالثة:

فساد الصداق أو نفيه ، يؤثر على العقد فيؤدي إلى فساده .

وذلك لأن الصداق عند المالكية من أركان العقد بالنتيجة ، وهو شرط في إباحة المرأة[٤] والحالات المتعلقة بالصداق راعى المالكية فيها خلاف الجمهور، الذين يصححون العقد دون نظر إلى المهر ولذا فإنهم يوجبون الفرقة قبل الدخول فقط ، ويحكمون ببقاء النكاح إذا تم الدخول [٥].

القاعدة الرابعة:

المقصد الفاسد ولو اعتبارا ، يؤدي إلى فساد العقد ، عملا بقواعد المقاصد عند المالكية، كنكاح المريض المخوف عليه ،وهو المريض الذي يخشى عليه الموت في مرضه الذي عقد

١- القرافي ، الذخيرة :ج١ص٨٥ .

٢- للتفصيل في الأنكحة المذكورة انظر :مالك ، المدونة:ج٢ص١٥٢ القاضي عبد الوهاب،التلقين:ص٨٩،ابن عبد البر،الاستذكار:ج٦ص٩٨، أبو الحسن المالكي ، كفاية الطالب:ج٣ ص١٠٦و١٠٨و١٥٥و١٥٦ ،العدوي ،حاشية العدوي:ج٢ص٥٠،ابن رشد ،بداية المجتهد:ج٢ص٤٣ ، الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٢١٧ .

٣- ابن عبد البر ،الكافي:ج١ص٢٣٦ .

٤- القرافي ، الفروق : ج٣ص٢٦٠ .

٥- ابن عبد البر ،الكافي:ج١ص٢٥٠ ، أبو الحسن المالكي ، كفاية الطالب:ج٣ص١٠٧و١١١.

فيه، أو المريضة ، وذلك قياسا على البيع ولوجود التهمة في إدخال وارث هو في الأصل ليس كذلك،قياسا على البيع وهو يعرف عند المالكية بالقياس المصلحي [١].

وقد اختلفت الأقوال في حكم الفسخ والمنصوص في المذهب والمشهور انه يفسخ مطلقا .

وفكرة المريض عند المالكية تختلف عن مسألة المريض مرض الموت المشهورة عند الفقهـاء، حيث أنهم لا يحكمون على مرضه وتصرفه فيه إلا بعد موته ، فقد قالوا لا نعلم مرضه هل هو مرض موت أو لا ، حتى نعلم مصيره بالموت ،فقبل موته تصرفاته كالصحيح[٢] ، أما المالكية فالحكم يعملونه في حياته لا بعد موته [٣] ولذا لم يسموه هنا مرض المـوت وإنمـا المـرض المخوف على صاحبه من الموت .

القاعدة الخامسة :

الوطء الحرام لا يحرم ، وليس له حكم الحلال ، وهي مسألة خلافيـة فـي المـذهب، والمشهور في المذهب عدم انتشار الحرمة[٤] ، حيث جعله محرما ابن القاسم ووافق الحنفية في ذلك ، ولم يجعله ناشرا للحرمة سحنون ووافقه الشافعية في ذلك[٥] .

القاعدة السادسة:

الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح ولا تفسده ، ولكن يلغو الشرط الفاسد ويصحح العقـد، ودليله حديث بريرة ،الذي يفيد جواز العقد وبطلان الشرط [٦].

قال ابن عبد البر في الاستذكار عن ابراهيم النخعي: (كل شرط في نكاح فالنكـاح يهدمـه إلا الطلاق) [٧] أي يبطل الشرط الفاسد في عقد النكاح إلا أن يكون الشرط مقترنا بطلاق فيقـع الطلاق بتحقق الشرط.

أما الشروط الفاسدة التي تفسد العقد عند المالكية ، فهي التي تؤدي إلى فساد في أصـل العقد أو تتعلق بنكاح منهي عنه ، كاشتراط التحليل ،وكل ذلك يجمعه الشرط الذي لا يقتـضيه العقد ويناقض مقصوده ، أو الشرط الذي يتعلق بالمهر فيفسد التسمية أو يلغيها ، لأن الشرط له

---

[١]- الزرقاني ،حاشية الزرقاني:ج٣ص٢٣٥،النفراوي،الفواكه الدواني:ج٤ص٢٩، القاضي عبد الوهاب،التلقين:ص١٠٠.

[٢]- ابن مفلح ،المبدع :ج٥ص٣٩٥ .

[٣]- انظر في مرض الموت عند الفقهاء: الغزالي ،الوسيط :ج٤ص٤٢١ وقال يحجر عليه فيما فوق الثلث في الأمراض التي يخشى عليه فيها الموت كالطاعون والحمى المطبقة .، حاشية ابن عابدين:ج٣ص٣٨٤ .

[٤]- ابن جزي ،القوانين الفقهية :ج١ص١٣٨ ، القاضي عبد الوهاب،التلقين:ص٩٠ .

[٥]- الحطاب،مواهب الجليل :ج٣ص٤٦٢، وانظر الدردير،الشرح الكبير حيث رجح انتشار الحرمة :٢٥١/٢.

[٦]- ابن عبد البر،التمهيد:ج١٨ص ١٦٦، ابن رشد،البيان و التحصيل:ج٥ص١٤١.الدسوقي ،حاشية الدسوقي:ج٢ص٣٢٥، المواق ، التاج والإكليل:ج٣ص٥١٢

[٧]- ابن عبد البر،الاستذكار:ج٦ص٩٠ .

حصة في الصداق ويؤثر فيه ،وإن لم يتعلق به بنص مباشر ، وما كان كذلك يؤدي إلى فساد العقد، لأنه يؤدي إلى فساد الصداق ،وإذا فسد الصداق فسد العقد ، وهذا كشرط أن لا يقسم لها في المبيت مع زوجة أخرى ، أو يؤثرها على غيرها ، أو اشتراط عدم الميراث أو نفقة معينة أو نفقه ولدها من غيره ، والحكم في هذه الأنكحة أنها تفسخ قبل الدخول وجوبا ، وتثبت بعده إذا لم تفسخ من قبل القاضي بمهر المثل ، ويلغى الشرط المناقض بعد الدخول[١].

أما الأنكحة الأخرى التي فقدت شرطا من شروط الصحة ولم تتضمنها القواعد المذكورة فهي الأنكحة الفاسدة لمعنى الشرع (مفهوم الشرع) وحكمها أنه إذا اتفق على وجوب الشرط يفسخ العقد قبل الدخول وبعده ، و إذا اختلف في وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده ، كالنكاح دون ولي لأن الولي شرط صحة عند المالكية [٢].

ويلاحظ مما سبق أن المالكية قد توسعوا في الأنكحة الفاسدة في عدة مواضع ،هي فساد العقد لفساد الصداق ، و في الأنكحة المنهي عنها ، و عند التهمة ، وللشرط الفاسد ، في حين توسع الحنفية في إفساد النكاح في ما يتعلق بانتشار الحرمة بالوطء الحرام ،و اللمس والنظر بشهوة.

<u>أصل مراعاة الخلاف عند المالكية</u>

إن من أهم الأصول التي ينبغي الإشارة إليها في منهج المالكية في الأنكحة الفاسدة مراعاتهم لخلاف غيرهم فيها ، وقد رتبوا على ذلك جملة من الأحكام، تميزوا فيها عما سواهم من الفقهاء وظهر أثر ذلك في أمرين :

الأول : في وجوب الفرقة وعدم وجوبها .

الثاني : في نوع الفرقة .

أما الأمر الثاني المتعلق بنوع الفرقة فسنترك الحديث عنه إلى موضعه في الفصل الخامس ،عند الحديث عن اتجاهات الفقهاء في تحديد نوع الفرقة ، وحيث أننا في هذا المطلب نبحث في مجالات تدخل الادعاء العام في التفريق ، فلا بد من توضيح مجال مراعاة الخلاف عند المالكية في هذا الجانب .

يعتمد أصل مراعاة الخلاف عند المالكية على أمرين ؛ أحدهما وجود خلاف فقهي في مسألة ما ، قائم على دليل ، والثاني وقوع الفعل موضوع المسألة وتحققه على أرض الواقع.

١- الدردير،الشرح الكبير:ج٢ص٢٣٨،ابن جزي ، القوانين الفقهية:ج١ص١٤٥ .
٢- انظر ابن رشد،بداية المجتهد:ج٥ص٤٣-٤٥ ،

ولتطبيق ذلك على موضوعنا ، فيشترط أن تكون الحالة المعتبرة والسبب في فساد العقد محل خلاف بين الفقهاء ، كنكاح المحرم ، ويشترط كذلك وجود واقعة نكاح بوجـود السـبب المختلف فيه وحدوثها فعلا ،

ولمزيد من التوضيح ، فإن العقد الفاسد عند المالكية واجب التفريق ،وهذا هو حكمه العام فإذا وجد السبب المفسد حكم بالفرقة للفساد ، ولا يحل للزوجين الاجتماع على مثـل هـذا العقـد ، ويطبق المالكية هذا الحكم في كل سبب يرون أنه مفسد للعقد ، دون نظر إلى من خالفهم مـن الفقهاء وهذا في حالة العقد فقط دون الدخول .

أما إن تم الدخول بين الزوجين استنادا لهذا العقد ، وقبل الحكم بفسخه ، فإن المالكيـة يتريثون قليلا في فسخ العقد ، وذلك لحصول الدخول بين الزوجين وإفضاء كل منهما للآخـر وما يتبع ذلك من كشف للعورات واستمتاع بينهما ، واحتمال حدوث الحمـل وتغيـر وصـف المنكوحة من بكر إلى ثيب وغيرها من آثار، والتي تتطلب الموازنة بين المصالح والمفاسد في إمضاء العقد أو فسخه ، كل ذلك جعل من المالكية يلجأون إلى اعتماد تطبيق أصـل مراعـاة الخلاف على هذا النوع من العقود ، وهذا يتطلب قبل الحكم بفسخ العقـد النظـر إلـى سـبب وموجب الفسخ ، فإن كان سبب الفسخ متفقا عليه بين الفقهاء ، بحيث لا يحل اجتماع الزوجين وفق أي مذهب من مذاهب المسلمين المعتبرة ،حكموا بفساد العقد ووجوب التفريق، أما إن كان السبب مما اختلف فيه الفقهاء ، فأجازه بعضهم خلافا للمالكية فقد أجازوا إعمال دليـل المجيـز وهذا الإعمال قد يكون إعمالا كليا مؤداه تصحيح العقد وعدم فسخه وترتيب آثار العقد الصحيح عليه ، وقد يكون الإعمال جزئيا من حيث بعض الآثار لا جميعها ، وهذا الإعمال الجزئـي لا يعني الحكم بصحة العقد وجواز استمراره ، لأنه من وجهة نظرهم تصحيح للمنهي عنـه مـن وجه من الوجوه فقط[١].

وهذه القاعدة إن أردنا تطبيقها على الأنكحة الفاسدة عند المالكيـة فسيـشمل الإعمـال الكامل لدليل المعارض الأنكحة التالية وهي الأنكحة واجبة الفسخ قبل الدخول فقط[٢] وهي:

١-كل نكاح كان السبب في فساد العقد فيه المهر .

٢- كل نكاح كان الفساد فيه بسبب شرط من قبل أحد العاقدين مختلف فيه.

٣- نكاح الخيار .

٤- نكاح المخطوبة التي ركنت إلى خاطبها.

٥- نكاح السر واشترط فيه طول المدة بعد الدخول.

١- انظر للاستزادة في الموضوع : الشاطبي ، الموافقات :ج٤ص١٥٠ ، الخلايلة ، مراعاة الخلاف عند المالكية .
٢- الشنقيطي،تبيين المسالك:ج٣ص٥٧ وما بعدها .

أما الأنكحة التي تفسخ قبل الدخول وبعده ، مع وجود الخلاف فيها ،وذلك لعدم إعمال دليل المخالف من كل وجه فهي:

١-النكاح دون ولي في الحالات الواجب وجود الولي فيها .

٢-نكاح المريض المخوف عليه .

٣-نكاح المحرم .

وهذه الأنكحة مع وجوب فسخها بعد الدخول ، إلا أنهم يرتبون عليها بعض الآثار ، من الإرث ووقوع الطلاق قبل الفسخ .

ثانيا : منهج المالكية فيما يمكن أن يطرأ على العقد مما يفسده أو يرفع حكم الحل.

وتنحصر الأسباب الطارئة المفسدة والرافعة للحل فيما يلي:

١-ردة أحد الزوجين أو تغير ديانة أحد الطرفين بما لا يجيز له المقام مع الآخر.

٢-طلاق الزوج زوجته طلاقا بائنا أو رجعيا آل إلى بائن .

الفرع الثالث

منهج الشافعية في الأنكحة الفاسدة وما يرفع الحل بين الزوجين

الشافعية كغيرهم من الفقهاء لهم قواعدهم الخاصة في تحديد الأنكحة الفاسدة من أصلها أو التي تفسد بما يطرأ عليها ، وهذا ملخص لقواعدهم في ذلك :

القاعدة الأولى :

إذا كانت المرأة ليست محلا قابلا للعقد على الرجل ، سواء على سبيل التأبيد أو التأقيت ، ويشمل ذلك[١]:

١-العقد على المحرمات من النساء نسبا أو رضاعا أو مصاهرة بشرط العقد الصحيح ، فالعقد الفاسد لا ينشر الحرمة دون دخول[٢] ولا يقوم غير الوطء مقامه في التحريم

٢- المحرمات بسبب حرمة الجمع بينهما ٣- والحرمة بسبب وجود المرأة في عقد الغير

٤- و المعتدة من غير الزوج أو الموجودة في حال استبراء ٥- ونكاح الخامسة

٦- والخامسة في عدة الرابعة إذا كانت رجعية[٣] ٧- والمحرمات بسبب الديانة وهن المرأة الوثنية والمرتدة٨- و المطلقة ثلاثا على زوجها قبل التحليل الشرعي ٩ – والمنكوحة في العدة

---

[١]- الشافعي،الأم :ج٥ص٥٧،البغوي ، التهذيب:ج٥ص٤١٨،الشيرازي،المهذب:ج٢ص٤٢، الغزالي ، الوسيط:ج٥ص١١٠،

[٢]- الحصني ، كفاية الأخيار:ص٤٨٣.

[٣]-الماوردي ، الاقناع:ج١ص١٣٧

بعد الوطء ودواعيه تحرم على من نكحها حرمة مؤبدة فلا تحل له ولو انقضت عدتها استدلالا بفعل عمر رضي الله عنه ١٠- المرأة الملاعنة على من لاعنها ١١-ويشمل ذلك الرجل غير المسلم بالنسبة للمسلمة والرجل المرتد .

القاعدة الثانية :

الأنكحة المنهي عنها تعتبر أنكحة فاسدة ، لأن النهي الشرعي عن نكاح معين يحمل على المعنى الشرعي للنهي وهو الفساد وهذا يشمل :

١- نكاح الشغار[١] المنصوص فيه على أن بضع كل واحدة مقابل الأخرى .

٢- نكاح المتعة [٢].

٣- نكاح التحليل إذا نص على التحليل في العقد[٣].وعلل الفساد لأنه يقطع النكاح.

٤- نكاح المحرم [٤].

والشافعية وإن كان النهي عندهم يفيد التحريم ، إلا أن التحريم عندهم يطلق في العقد بمعنى التأثيم وعدم الصحة ويعني الفساد، ويطلق بمعنى التأثيم مع الصحة ، كما في نكاح المخطوبة على خطبة الغير فلا يقتضي الفساد [٥] ، بخلاف المالكية الذين كما رأينا التحريم للعقد مرتبط بعدم الصحة .

القاعدة الثالثة :

كل ما أخل بشرط من شروط صحة العقد فان هذا الخلل يؤدي إلى فساد العقد ،وهذا يشمل النكاح بلا ولي[٦] ،والنكاح بلا شهود [٧] .

القاعدة الرابعة :

لا تأثير للصداق على فساد النكاح مطلقا[٨].

القاعدة الخامسة :

يفسد النكاح بكل شرط يخل بمقصود البضع كقول الزوج نكحت بشرط أن لا أجامع[٩] .

١- البغوي ، التهذيب:ج٥ص٤٢٨
٢- البغوي ، التهذيب:ج٥ص٤٣٧
٣- البغوي ، التهذيب:ج٥ص٤٤٩
٤- الحصني،كفاية الخيار :ص٣١٦.
٥- الشربيني ، مغني المحتاج :ج٣ص١٧٤ .
٦- الغزالي، الوسيط:ج٥ص٥٨ .
٧- الغزالي، الوسيط:ج٥ص٥٣
٨- الغزالي، الوسيط:ج٥ص٢٢٩ .
٩- الشيرازي،المهذب:ج٢ص٤٧ ، الغزالي، الوسيط:ج٥ص٢٢٩.

ولا يفسد النكاح بالشروط الفاسدة الأخرى كاشتراط أن لا يتسرى عليها ولا يسافر بهـــا[١] ، و ما به غرض مقصود يؤثر في النكاح كشرط أن يخرجها متـــى شـــاءت ، فهـــذه أغـــراض مقصودة، وكل غرض مقصود فهو عوض مضاف إلى الصداق أو مقابل له ، فيؤثر في إفـــساد الصداق لا في إفساد النكاح ، وكذلك الشروط الفاسدة الخاصة بالصداق تفـــسد الـــصداق دون النكاح .وكل هذه الشروط تلغو و تفسد المهر المسمى وتوجب مهر المثل،لكن اشترط الشافعي[٢] لإلغاء المهر المسمى أن يكون الشرط سبب نقصا في المهر فإن تبين أن الشرط لم يؤثر فـــي المهر فلا يلغيه[٣].

القاعدة السادسة :

الوطء الحرام لا تنتشر به حرمة المصاهرة و تنتشر الحرمة بالوطء الحلال والوطء بشبهة ، لا يحرم المصاهرة ولا يقوم مقام الوطء غيره كمجرد الملامسة ســـواء كـــان بنكـــاح أو بـــشبهة نكاح[٤].

ثانيا : منهج الشافعية فيما يمكن أن يطرأ على العقد مما يفسده أو يرفع حكم الحل.

وتنحصر الأسباب الطارئة المفسدة والرافعة للحل فيما يلي:

١-ردة أحد الزوجين أو تغير ديانة أحد الطرفين بما لا يجيز له المقام مع الآخر[٥].

٢-طلاق الزوج زوجته طلاقا بائنا أو آل إلى بائن .

٣-الوطء بشبهة مما يوجب حرمة المصاهرة كأن يتزوج الأب امرأة وابنه بنتها ويطأ كـــل واحد منهما زوجة الآخر خطأ فينفسخ نكاحاهما[٦].

الفرع الرابع

منهج الحنابلة في الأنكحة الفاسدة وما يرفع الحل بين الزوجين

أولا : منهج الحنابلة في الأنكحة الفاسدة

لقد اتفق الحنابلة مع الشافعية في القواعد الأربعة الأولى ولا داعي لإعادة ذكرها ،مع خلاف بينهم في زواج الخامسة فإنه لا يحل في عدة الرابعة ولو كانت بائنة[٧].

---

[١]- الغزالي، الوسيط:ج٥ص١١٦ ،

[٢]- الشافعي،الأم:ج٥ص٧٣.

[٣]- الغزالي، الوسيط:ج٥ص٢٢٩،النووي ،روضة الطالبين:ج٧ص٢٨٠.

[٤]- الغزالي، الوسيط:ج٥ص١٠٨،١٠٦ ، الشربيني ، مغني المحتاج:ج٣ص١٧٤ .

[٥]- الماوردي،الاقناع :ج١ص١٣٨ .

[٦]- الشربيني ، مغني المحتاج:ج٣ص١٧٩ .

[٧]- ابن النجار ،،منتهى الارادات :ج٢ص٩٥ .

أما القاعدة الخامسة المتعلقة بالشروط فإن الحنابلة متفقون من حيث المبدأ مع الشافعية، في أن الشروط الفاسدة لا تفسد العقد ، لكن الخلاف جرى في نظرة كل فريق إلى الشرط الفاسد، فالشروط الفاسدة عند الحنابلة و المفسدة للعقد ،هي التي تعود على العقد بما فيه نهي، كاشتراط الشغار والتحليل أو تدخل على العقد الخيار ، أما غير ذلك من الشروط الفاسدة كاشتراط عدم القسم للزوجة في المبيت أو عدم الوطء فهو شرط باطل والعقد صحيح.

ومن الفروق بين المنهجين في دائرة الشروط الفاسدة ، توسع الشافعية في الحكم على الشروط بالفساد ، بينما توسع الحنابلة في إجازة الشروط ، وأما أثر هذه الشروط فهو مختلف عندهما ، إلا أن الاختلاف لا يتعلق بفساد العقد ، فالشرط عند الشافعية كما تبين يؤثر على المهر مقدارا إذا تم الغاؤه ، أما الحنابلة ولاعتبار صحة الشرط ،فكان أثره منحصرا في تجويز فسخ العقد للمشترط عند تخلف شرطه ، لا في تغيير المهر [١] .

و أما القاعدة السادسة والمتعلقة بسبب انتشار المحرمية ، فإن الحنابلة قد خالفوا الشافعية فيها ، واتفقوا مع الحنفية في أصلها ، وهو أن الوطء الحرام ينشر الحرمة ولو كان لواطا ، كما ينشرها الوطء الحلال والوطء بشبهه ، وخالفوا الحنفية في ما دون الوطء من اللمس والنظر ، فلم يقيموه مقام الوطء في الحكم[٢] .

ثانيا : منهج الحنابلة فيما يمكن أن يطرأ على العقد مما يفسده أو يرفع حكم الحل.

وتتحصر الأسباب الطارئة المفسدة والرافعة للحل فيما يلي:

١-ردة أحد الزوجين أو تغير ديانة أحد الطرفين بما لا يجيز له المقام مع الآخر، وفي المذهب روايتان في وقت الفسخ إن حدثت الردة بعد الدخول الأولى يفسخ مباشرة والثانية ينتظر إلى انتهاء العدة[٣].

٢-طلاق الزوج زوجته طلاقا بائنا أو آل إلى بائن .

٣-الإتيان بالدبر بين الزوجين ولو تطاوعا عليه لورود النهي عنه ، فإنه يوجب فسخ العقد[٤] .

٤-فعل ما يوجب حرمة المصاهرة بين الزوجين .

---

[١]- المرداوي ،الانصاف:ج٨ص١٥٩، البهوتي،كشاف القناع:ج٥ص٩١

[٢]- ابن قدامة ،المغني:ج٧ص٤٨٢ ، البهوتي،كشاف القناع:ج٥ص٧٢

[٣]- ابن مفلح ن المبدع :ج٧ص١٢٢

[٤]- ابن تيمية،الفتاوى:ج٣٣ص١٥

الفرع الخامس

منهج الظاهرية في الأنكحة الفاسدة

الأنكحة الفاسدة عند الظاهرية متعددة وكثيرة ، ويمكن حصرها ضمن المجموعات التالية :

المجموعة الأولى : وتتعلق باختلاف الديانة بين الزوجين ، وتشمل الحالات التالية :

١-نكاح المسلم للوثنية[١] .

٢-نكاح المسلمة غير المسلم[٢] .

٣-ردة أحد الزوجين[٣].

٤-إباء الزوج الإسلام حال إسلام زوجته .

٥-إباء الزوجة الإسلام حال إسلام زوجها ما لم تكن كتابية .

وفي جميع حالات ردة أحد الزوجين ، أو إباء أحدهما عن الإسلام ، ينفسخ العقد مباشرة دون تربص عدة أو انتظار وقتها ، ولا ترجع لزوجها إذا زال سبب التحريم إلا بعقد ومهر جديدين[٤].

المجموعة الثانية : وتتعلق بالمحرمات من النساء وهن :

١-المحرمات بالنسب[٥] .

٢-المحرمات بالمصاهرة

والوطء الحرام لا يحرم نكاحا حلالا إلا في موضع واحد وهو إذا وطء الرجل امرأة فإنها تحرم على فروعه [٦] ، وذلك عملا بقوله تعالى : (وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً) [٧] .

٣-المحرمات بالرضاع [٨].

٤-المحرمات بسبب الجمع عددا[٩] أو وصفا[١٠] .

المجموعة الثالثة : الأنكحة الفاسدة بسبب اقترانها بالشروط وضابطها :

١- وأجاز ابن حزم نكاح المجوسية لأنها من أهل الكتاب عنده : ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٤٤٥.
٢- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص٤٤٩.
٣- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص ١٤٣ .
٤- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص ١٤٣ .
٥- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٥٢٠ .
٦- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٥٣٢ .
٧- سورة النساء آية رقم (٢٢) .
٨- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٥٢١ .
٩- المرجع السابق : ج٩ ص٤٤١.
١٠- المرجع السابق : ج٩ ص ٥٢١ .

١-لا يصح عند الظاهرية نكاح على شرط أصلا ما عدا الصداق الموصوف في الذمة أو ما كان من مقتضى العقد [١] ، فكل نكاح عقد على أن لا صحة له إلا بصحة الشرط الوارد فيه فلا صحة له[٢] .

٢-كل نكاح اشترط فيه أحد العاقدين صفة معينة في العاقد الآخر فلم توجد فيه ، فلا يعتبر هذا النكاح نكاحا منعقدا ، وهو مفسوخ أبدا ، كاشتراط السلامة من العيوب ثم تبين وجود العيب[٣].

٣-الظاهرية يتوسعون في الشرط الفاسد حيث أن الشرط إذا لم ينص عليه يعتبر شرطا فاسدا داخلا في حكم الحديث (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) [٤] .

والقاعدة في الأثر أن الشرط الفاسد يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده لا فرق بينهما .

المجموعة الرابعة : وتتعلق بالأنكحة المنهي عنها ، سوى ما ذكر في المجموعات الثلاث، لأن لها أسماء محددة وهي :

١-نكاح الشغار وهو فاسد بكل صورة من صوره ذكر المهر أو لم يذكر[٥].

٢-نكاح المتعة[٦].

٣-نكاح زوجة الغير و معتدته[٧].

٤-نكاح السر وهو النكاح دون إشهاد أو إعلان[٨].

٥-النكاح دون ولي [٩] .

٦-نكاح المحرم [١٠] .

٧-نكاح الزاني قبل التوبة [١١] وذلك عملا بقوله تعالى : (الزَّانِي لا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ) [١٢] .

المجموعة الرابعة : الأنكحة الفاسدة بسبب المهر[١٣] وهي :

١-الأنكحة التي فسد المهر فيها ،و هي تفسخ قبل الدخول وبعده .

٢-الأنكحة التي تم تأجيل الصداق فيها كله أو بعضه ، يؤدي هذا التأجيل إلى فساد العقد .

---

[١]- المرجع السابق : ج٩ ص ٥١٦ – ٥١٧ .
[٢]- المرجع السابق : ج٩ ص٤٩١ .
[٣]- المرجع السابق : ج٩ ص ٤٩١
[٤]- الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه ج١٠ ص ٩٤ .
[٥]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٥١٤
[٦]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص٥١٩ .
[٧]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص٤٧٨ .
[٨]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص٤٦٥ .
[٩]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص٤٥١ .
[١٠]- ابن حزم ، المحلى : ج٧ ص ١٩٧ .
[١١]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص٤٧٤ .
[١٢]- سورة النور ، الآية رقم (٣) .
[١٣]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٤٩١ .

تحليل الأحكام

الأحكام المذكورة عند الظاهرية هي أحكام منسجمة مع الطبيعة الاجتهادية والأصولية للمذهب ، وفي حدود الالتزام بالنص كما في المجموعة الأولى والثانية ، كما أن كل نكاح وقع تحت دائرة النهي نهيا مباشرا عن العقد أو لشيء مقترن به فإن ذلك يتضمن فساد العقد عندهم، وهذا أمر مطرد في العقود جميعها .

كما أن الفساد بسبب الشروط هو إعمال لقاعدة الشروط في المذهب ،والتي تستند إلى فهم الحديث الخاص بالشروط بأنه يحصر الشروط الجائزة بما تم النص عليه فقط ،وما سوى ذلك فهو يقع في دائرة النهي ، ومعنى النهي عندهم مرتبط بالاجتناب [١] ، فيترتب على العقد عندئذ أحكام العقود الفاسدة [٢] .

وهذا التوجيه هو اعتبار من قبل الظاهرية بما يسمونه الالتزام بالنص التزاما لا يقبل التعليل أو التأويل .

الفرع السادس

اتجاهات الزيدية

الحالات التي يسمح للمدعي العام أن يطلب التفريق بسببها وفق مذهب الزيدية والتي تعتبر من حالات فساد العقد أو بطلانه هي كما يلي :

المجموعة الأولى : وهي متعلقة باختلاف الدين كما يلي :

١-ردة أحد الزوجين ، وتبين المرأة من زوجها بنفس الردة لأن الردة معنى يبطل النكاح كالموت [٣].

٢-إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت الزوجة ، فإذا كانت الزوجة ذمية لا تبين من زوجها إلا بعرض الإسلام ، أو بمضي مدة كمدة العدة قبل الدخول أو بعده ، وإن كانت محاربة فغير المدخول بها تبين بنفس الإسلام ، وأما المدخول بها تتربص مدة العدة فإذا انقضت بانت وإذا أسلم كان الإسلام في حكم الرجعة دون أن تحل له أثناء فترة التربص [٤] ، وهذا الحكم ينطبق على إسلام أي واحد منهما وإباء الآخر كما في الحالة التالية .

---

[١]- ابن حزم ، الإحكام : ج٣ ص ٣٢٦.
[٢]- ابن حزم ، المحلى : ج٩ ص ٥١٦ .
[٣]- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٧٠ ، العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص ٨٠ .
[٤]- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٧٢. العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص٨٠ .

٣-إباء الزوجة الإسلام إذا أسلم الزوج[١].

٤-نكاح المسلم غير المسلمة ولو كانت كتابية [٢] .

المطب الثالث

اختيارات قوانين الأحوال الشخصية لتدخل المدعي العام

الفرع الأول

اختيارات قانون الأحوال الشخصية الأردني

في هذا المطلب سنعرض الحالات التي اختارها القانون الأردني وجعل للمدعي العام التدخل طالبا الفرقة أو تثبتها والتي يمنع على الزوجين الاجتماع بوجودها .

نصت المادة ٤٣ من قانون الأحوال الشخصية الأردني[٣] على أن بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع ، فإذا لم يتفرقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي، وقد اقتصر نص المادة على حالتي الزواج الباطل والفاسد ولم تشر صراحة إلى الحالات الأخرى التي لا يجوز فيها للزوجين البقاء على حكم العقد و إنما ذكر بعضها في ثنايا المواد الأخرى وما لم يذكر فانه يرجع به إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة كما نصت المادة ١٨٣ ، أما ما يرفع الحل بالطلاق فقد نصت عليه المادة٩٧و٩٨ ومضمونه أن الطلاق البائن أو الرجعي الذي آل إلى بائن يزيل الزوجية في الحال .

أما الزواج الباطل الذي نص عليه القانون فقد ورد في المادة ٣٣ ما نصه (يكون الزواج باطلا في الحالات التالية :

١- تزوج المسلمة بغير المسلم

٢- تزوج المسلم بإمرأة غير كتابية

٣- تزوج الرجل بامرأة ذات رحم منه وهن الأصناف المبينة في المواد ٢٤،٢٥،٢٦ من هذا القانون).

ونصت المادة ٢٤ على المحرمات بسبب النسب والقرابة :

(يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة من ذوات رحمٍ محرم منه وهن أربعة:

١ - أمه وجداته . ٢ - بناته وحفيدته وإن نزلن. ٣ - أخواته وبنات اخوته وبناتهن وإن نزلن. ٤ - عماته وخالاته).

١- المرجع السابق .

٢- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ٤١ .

٣- القانون رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م ، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٦٨ الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٠١م.

ونصت المادة ٢٥ على المحرمات بطريق المصاهرة :(يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة بينه وبينها مصاهرة وهي على أربعة أصناف:

١ – زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده.

٢ – أم زوجته وجداتها مطلقاً.

٣ – زوجات أبي الرجل وزوجات أجداده.

٤ – ربائبه أي بنات زوجته وبنات أولاد زوجته ، ويشترط في الصنف الرابع الدخول بالزوجات).

ونصت المادة ٢٦ على المحرمات على التأبيد بسبب الرضاع ما نصه: (يحرم على التأبيد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثني مما هو مبين في مذهب أبي حنيفة[1]) .

وقد حصر القانون الزواج الباطل فيما ذكر أما الزواج الفاسد فقد حددته المادة ٣٤ من القانون ونصت على ما يلي : (يكون الزواج فاسداً في الحالات التالية:

١ – إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد.

٢ – إذا عقد الزواج بلا شهود.

٣ – إذا عقد الزواج بالإكراه.

٤ – إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعاً.

٥ – إذا عقد الزواج على إحدى المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب أو الرضاع.

٦ – زواج المتعة، والزواج المؤقت).

وهذا التفريق من القانون بين الزواج الفاسد والباطل هدفه التفرقة في الآثار ، ولا علاقة له في وجوب الفرقة من عدمها، حيث أن التفريق واجب بين الزوجين كما ذكرنا سواء كان العقد فاسدا أو باطلا ، ولذا فان الفرق بين الباطل والفاسد مكان بحثه الآثار المترتبة على الحكم في هذه الدراسة وليس هنا، لذا تكون هذه الأنكحة واجبة التفريق قانونا ، ويجوز للمدعي العام التدخل قضاء للطلب للفرقة إذا استمر الزوجان بالاجتماع و إذا لم يبادرا من تلقاء نفسيهما بطلب للحكم ببطلان العقد أو فساده .

أما الصور الأخرى غير المنصوص عليها في المواد المذكورة ونص عليها في مواد أخرى وهي أسباب طارئة على العقد بعد وقوعه فهي :

---

[1] - انظر تفصيل ما استثني في الكاساني،البدائع : ج٤ ص ٤.ومنهن: أم أخيه من الرضاع وأم أخته وأخت ابنه وأخت بنته وجدة ابنه والعلة عدم القرابة والرحم في المذكورين .

١- الردة من أحد الزوجين ونص عليها في المادتين ٥١، ٥٢

١- إباء الزوجة عن الإسلام حال إسلام زوجها وكانت غير كتابية،ونصت عليها المادة (٥٢).

٢- إباء الزوج عن الإسلام حال إسلام زوجته ونصت عليها المادة ٥١

٣- فعل الزوج أو الزوجة ما يوجب حرمة المصاهرة ببينهما وقد نصت على ذلك المادتان ٥١، ٥٢.

أما ما يتعلق بالحرمة المؤقتة فجاءت حسب المواد التالية :

المادة (٢٧):

يحرم العقد على زوجة آخر أو معتدته.

المادة (٢٨):

يحرم على كل من له أربع زوجات أو معتدات أن يعقد زواجه على امرأة أخرى قبل أن يطلق إحداهن وتنقضي عدتها.

المادة (٢٩):

يحرم على الرجل الذي طلق زوجته التزوج بذات محرم لها ما دامت في العدة.

المادة (٣٠):

يحرم على من طلق زوجته ثلاث مرات متفرقات في ثلاث مجالس أن يتزوج بها إلا إذا انقضت عدتها من زوجٍ آخر دخل بها.

المادة (٣١):

يحرم الجمع بين امرأتين بينهما حرمة النسب أو الرضاع بحيث لو فرضت واحدة منهما ذكراً لم يجز نكاحها من الأخرى.

وكل هذه الحالات منصوص عليها في القانون وان لم يبين القانون الحالات الأربع الأولى متى تجب الفرقة بالتحديد ، فيرجع فيها إلى مذهب أبى حنيفة ففي الردة تجب الفرقة بنفس الردة[1] ولا تؤجل لانتهاء العدة كما هو مذهب الشافعي.

وفي حال إسلام الزوجة و إباء الزوج الإسلام يفرق بينهما في الحال بعد عرض الإسلام عليه، لارتفاع الحل بينهما لرفضه الإسلام ، وفي حال إسلام الزوج و إباء الزوجة عن

[1]- الكاساني ، بدائع الصنائع:ج٢ص٣٣٧ .

الإسلام، تبقى الزوجية إلى أن يفرق الحاكم بينهما بعد عرض الإسلام عليها لارتفاع الحل بينهما برفضها الإسلام ، وفرقة الإباء لا تحصل إلا بالقضاء ، وفرقة الردة تثبت بنفس الردة[١].

ولذا اشترط أبو حنيفة لحصول الفرقة بالإباء عن الإسلام عرض الإسلام على غير المسلم منهما ورفضه الإسلام وما لم يعرض عليه الإسلام تبقى الزوجية قائمة ، وهذا إذا كان في الدولة الإسلامية أما إن كان في غيرها تتربص المرأة ثلاث حيضات فان لم يتم الإسلام وقعت الفرقة لعدم إمكانية عرض الإسلام وان خرج أحدهما إلى دار الإسلام وقعت الفرقة لاختلا ف الدارين[٢].

و أما فعل ما يوجب حرمة المصاهرة تثبت به الفرقة بحصول الفعل وذلك لتنافي المحل وحصول الحرمة المؤبدة بينهما[٣] ، أما الحالات من الحالة الخامسة إلى الثامنة فان العقد من اصله غير صحيح وتجب الفرقة بالحال .

الحالات غير المنصوص عليها في القانون والتي يرجع فيها إلى مذهب أبى حنيفة

الحالة الأولى :

انتهاء مدة الإيلاء دون طلاق أو فيئة ، فبمجرد انتهاء المدة تقع طلقة بائنة ويجب التفريق إن بقيا مجتمعين معا .

الحالة الثانية:

في حال ثبوت وقوع طلاق بائن من الزوج على زوجته واستمرار اجتماعهما معا .

وينبغي التنبه إلى أن هناك حالتين اعتبر العقد فيها فاسدا ، لكن القانون صححه ومنع التفريق فيه وذلك في حالة زواج الصغير إذا لم يترافع الطرفان لدى القاضي إلا عند بلوغ الصغير سن الأهلية فعندها لا تحدث الفرقة وقد ورد هذا الاستثناء في المادة ٤٣ من القانون كما لا تحدث الفرقة إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملا ولو تم العقد دون السن المقررة قانونا، والحالة الثانية حالة الزواج بالإكراه ، فان الرضا بعد الإكراه على الزواج يصحح العقد ، ويعتبر إجازة له ، ولا يندرج الزواج بالإكراه في الأمور التي يتعلق بها الحق العام ، وهذا ما تقرر لدى محكمة الاستئناف الشرعية في عمان في القرار رقم ٢٠٢٦٦ تاريخ ١٩٧٨/٨/١٥ حيث جعل التفريق للإكراه من حق المكره ويجوز له الرجوع في دعواه لان له إجازة العقد بعد الإكراه[٤] .

١- الكاساني ، بدائع الصنائع:ج٢ص٣٣٦ .
٢- السغدي، فتاوى السغدي:ج١ص٣٠٩ .
٣- الكاساني ، بدائع الصنائع:ج٢ص٣٤٠.
٤- الداوود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية:ج١ص٣٨٨.

ويلاحظ في اختيارات القانون للأنكحة الفاسدة أنها اقرب إلى اختيارات المذهب لحنفي باستثناء مسألة الإكراه الذي لا يعتبر النكاح مفسدا عندهم لأنه لا يقبل الفسخ ويصححون العقد مع الإكراه لان الإكراه غير الملجئ عندهم وان اعدم الرضا إلا انه أبقى الاختيار، بمعنى اختيار أخف الضررين قال ابن عابدين : (نكاح المكره صحيح كطلاقه وعتقه)[١].

كما تمت المخالفة للمذهب الحنفي في القانون في تزويج الصغير والصغيرة حيث أجازه المذهب الحنفي ومنعه القانون وهو ما عليه العمل في كافة القوانين في الدول العربية التي لم تأخذ بزواج الصغيرة سياسة

الفرع الثاني

اختيارات مدونة الأسرة المغربية[٢]

لقد نهج القانون المغربي في الأنكحة الفاسدة منهج المالكية في الغالب الأعم ، واستثنى مسائل خاصة محدودة سأشير إليها وقد اعتمد القانون المرجعية المالكية كأساس في الأمور التي لم ينص عليها .

أما حالات البطلان والفساد التي نص عليها القانون فهي كما يلي :

نص القانون على حالات بطلان النكاح في المادة ٥٧ وتحدد البطلان كما يلي :

١- إذا اختل ركن من أركان النكاح وتعلق بطريقة انعقاد العقد

٢- في حال وجود موانع الزواج المنصوص عليها في المادة ٣٥ إلى المادة ٣٩ .

٣- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول .

والمواد ٣٥ – ٣٩ المشار إليها تنص على المحرمات بالقرابة والمحرمات بالمصاهرة و المحرمات بالرضاع وموانع الجمع والزيادة على أربع و نكاح مطلقته ثلاثا ، وزواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير الكتابية، وزوجة الغير و معتدته و مستبرأته .

وحددت المادة (٥٩) الزواج الفاسد وقيده أن يختل فيه شرط من شروط صحته .

لكن للمالكية منهج خاص في إفساد العقد كما وضحناه في المطلب السابق وقد أخذ به القانون المغربي وهو أن بعض الحالات يفسخ العقد فيها قبل وبعد الدخول وبعض الحالات يفسخ العقد إذا اطلع عليه قبل الدخول ، و أما إذا لم يطلع عليه إلا بعد الدخول فلا يفسخ ، وهذا المنهج له مبرراته الخاصة والمستندة إلى الآثار المترتبة على الدخول في حال وجدت آراء فقهية معتبرة تجيز العقد . وقد اختار القانون ذلك في حالات الفساد المتعلقة بالصداق .

---

[١]- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار:ج٢ص٢١ .
[٢]- قانون رقم ٧٠,٠٣لسنة ٢٠٠٣م.

أما الفساد المتعلق بالعقد فقد اختار القانون الفسخ قبل الدخول وبعده في الحـالات المنـصوص عليها ، وقد حدد القانون حالات الفساد للعقد بما يلي حسب المادة (٦١) :

١- إذا كان في المرض المخوف واستثنى حالة الشفاء بعد الزواج

٢- زواج التحليل

٣- الزواج دون ولي في حالة وجوبه وهي في حالة كون المخطوبة قاصرا .

أما الحالات الغير المنصوص عليها و المرجوع فيها إلى المذهب المالكي ، فهي زواج الشغار و زواج المتعة وزواج المحرم ، والزواج دون شهود وهو بحسب المادة ١٣ التـي اعتبـرت الإشهاد من الشروط فله حكم تخلف شرط من الشروط ، والنكاح الذي نفي فيه الصداق ، حيث نصت المادة ١٣ أن الصداق من الشروط .وهذه الحالات يطبق عليها المذهب المالكي في وقت الفسخ .

أما المستثنيات من حكم المذهب المالكي بشكل مطلق فهي :

١- النكاح لصغر السن حيث لا يصح في القانون ، و أجيز اسـتثناء دون تحديـد العمـر للاستثناء وذلك في المادتين ١٩ و٢٠ .

٢- زواج المكره[١] ولم يعتبر فاسدا واجب التفريق ،و إنما جائز التفريق بناء على طلـب المكره،حيث جعل ذلك من حقوقه في الفسخ ما لم يرض به،كما نصت المادتين ١٢ و٦٣ .

الزواج دون إشهاد ، فقد اشترطه القانون عند العقد بينما الإشهاد عند المالكية واجب ، و شرط صحة عند الدخول ، ولا يعتبر شرط صحة في العقد،وحكمه عند العقد النـدب، فـان حـصل الإشهاد عند العقد تحقق المندوب والواجب وإلا وجب عند البناء[٢].

---

[١]- مالك ، المدونة :ج٦ص٢٥ قال مالك زواج المكره لا يجوز وتقه وطلاقه .

[٢]- الدسوقي ، حاشية الدسوقي:ج٢ص٢١٦ .المنوفي:كفاية الطالب :ج٢ص٥٠

الفرع الثالث

اختيارات مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد

وهي الحالات المرتبطة بفساد العقد من أصل إنشائه أو بطروء سبب عليه يجعل منه فاسدا واجب الفسخ وهذه الحالات كما نص عليها مشروع القانون كما يلي :

أولا : الحالات المتعلقة باختلاف الديانة بين الزوجين وهي :

١-زواج المسلم من الوثنية [١].

٢-زواج المسلمة من غير المسلم .

٣-زواج المرتد أو المرتدة .

٤-إباء الزوجة الوثنية الإسلام حال إسلام زوجها[٢] .

٥-إباء الزوج الإسلام حال إسلام زوجته

٦-ردة الزوج عن الإسلام [٣].

ولم يجعل مشروع القانون ردة الزوجة مما يوجب التفريق بين الزوجين وذلك من باب سد الطريق على المرأة مما قد تقع فيه من الردة بغية الوصول إلى الفرقة واستند القانون في ذلك لما نسبه إلى فتوى للدبوسي وبعض أئمة بلخ ومشايخ سمرقند [٤].

وما ذهب اليه مشروع القانون لا داعي له في ضوء تعدد حالات التفريق التي يمكن أن تلجأ لها المرأة إذا أدركت عدم مقدرتها على الاستمرار مع زوجها ، وأما الفتوى المذكورة بخصوص ردة المرأة فهي اختصت بوضع قائم في المذهب الحنفي الذي لم تجد فيه المرأة بعد تمام العقد وسيلة إلى الوصول إلى الفرقة فلجأت لمثل هذه الأساليب الشيطانية .

ثانيا : الحالات المتعلقة بالحرمة الدائمة والمؤقتة [٥] وهي :

١-المحرمات نسبا.

٢-المحرمات بالمصاهرة.

٣-المحرمات بالرضاع .

٤-المحرمات بسبب الجمع عددا ووصف ا.

٥-زوجة الغير ومعتدته .

١- المادة رقم (١٥) من المشروع .وهذه المادة نصت على الحالات من ١- ٣.

٢- المادة رقم (١٠٩) من المشروع .

٣- المادة رقم (١١٠) من المشروع .

٤- انظر التفصيل في ذلك الزرقا ومجموعة من العلماء ، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد : ص ٢٢٣ .

٥- المواد من ١٠ إلى ١٨ من المشروع .

ثالثا : الفساد بسبب صغر السن .

جعل القانون زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ من باب الزواج الباطل [١] ، وجعل أهلية الزواج للذكر ١٨ سنة وللأنثى ١٦ سنة بحسب المادة ٢١ من المشروع .

رابعا : الفساد المتعلق ببعض الأنكحة المنهي عنها وهي :

١-نكاح المتعة [٢].

٢-نكاح السر واشترط القانون الإشهاد عند الانعقاد[٣] .

فهذه الحالات المتعلقة بفساد عقد النكاح ومع أن المرجع للمشروع الفقه الحنفي وخاصة فيما لا نص عليه إلا أن القانون في مسألة الوطء الحرام لم يأخذ برأي الحنفية ، حيث نص على أن الوطء الحرام لا يحرم النكاح الحلال ، وجعل حالة واحدة وهي الفرع من الزنى وإن نزل لا يحل نكاحه وذلك لمعنى الجزئية فيه[٤] .

المطلب الرابع

الرأي المختار

بعد دراسة مناهج الفقهاء واختيارات قوانين الأحوال الشخصية للحالات التي يجوز للمدعي العام التدخل فيها ، أو التي توجب عليه عند العلم التدخل للمطالبة بالتفريق ، فلا بد من بيان النقاط التالية :

أولا :هناك قضايا تم الاتفاق عليها بين كل المذاهب ، وهي بعض أنواع الأنكحة الفاسدة أو الباطلة ، و تم الاتفاق على وجوب المتاركة بين الزوجين ، وهي الأنكحة المتعلقة بالمحرمات من النساء سواء بسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو في حالة الجمع أو ما زاد عن أربعة أو زوجة الغير و معتدته ، والنكاح المؤقت ونكاح المتعة ، ونكاح المسلمة من غير المسلم والمسلم من غير الكتابية ما لم تكن مسلمة ، فكل هذه الأنكحة متفق على فسادها ،ووجوب التفريق فيها في الجملة ، وذلك قبل الدخول وبعده مع خلاف في بعض الفرعيات فيها.

كما اتفق الفقهاء على صور طارئة على العقد تفسده كذلك ، وهي عند إباء الزوج عن الإسلام حال إسلام الزوجة ، و إباء الزوجة عن الإسلام ما لم تكن كتابية حال إسلام زوجها ،

---

[١]- المادة رقم (٢٠) من المشروع .

[٢]- المادة رقم (٧) فقرة أ من المشروع .

[٣]- المادة رقم (٨) من المشروع .

[٤]- المادة رقم (١٢) من المشروع .

و ردة أحد الزوجين[١] ، وان وجد في هذه الصور خلاف ، فهو في توقيت الفرقة فيها على الفور أو معلق على انتهاء العدة كما مر بحسب المذاهب المختلفة .

وكل هذه الأمور تتعلق بالنظام العام المتفق عليه بين الفقهاء حيث لا يجوز الاتفاق على خلافه.

ثانيا : القضايا المختلف فيها وهذه تركزت فيما يلي :

القضية الأولى : في الأنكحة المنهي عنها نهيا صريحا غير الأنكحة المتفق على فسادها ، وهي نكاح الشغار ونكاح المحرم ونكاح التحليل.

فهذه الأنكحة فاسدة عند جمهور الفقهاء وجائزة عند الحنفية ، وذلك لاختلاف التأصيل بينهم كما مر في قضية النهي وموضع وروده وأثره .

وقد أخذ القانون المغربي برأي المالكية مع الجمهور فيها بينما اخذ القانون الأردني برأي الحنفية وفي هذا وسع الجمهور في دائرة الأنكحة الفاسدة وضيق الحنفية الدائرة فوسعوا دائرة الجواز .

القضية الثانية : الخلاف في بعض شروط صحة النكاح انعكس على الأنكحة ذاتها، وذلك عند تخلف الشرط المختلف فيه ، فمن اعتبر أمرا ما شرطا للصحة فسد العقد عنده لتخلف الشرط ، ومن لم يعتبره صح العقد عنده ، وتحدد الخلاف الناتج عن هذه القضية في أمرين :

١-اشتراط الولي في النكاح فقد اشترطه الجمهور ولم يشترط الحنفية

٢-الإشهاد عند العقد فقد اشترطه الجمهور ولم يشترطه المالكية إلا عند الدخول .

وقد ضيق الحنفية برأيهم في الولي من دائرة الفساد وكذلك فعل المالكية بالإشهاد ، مع العلم أن المالكية في مسألة الولي يسمحون لأي من الأولياء التزويج ، والترتيب للأقرب من الأولياء إنما هو للأفضلية فقط ، بينما يتشدد الشافعية والحنابلة في الولي وفي ترتيبه.

القضية الثالثة : تتعلق بالطريقة التي تنتشر بها الحرمة،ومدى تأثير الوطء الحرام ودواعيه فيها، وتفرع عن هذا الخلاف اعتبار بعض النساء محرمات في النكاح لدى فريق بينما يحل نكاحهن عن فريق آخر ، ويتلخص الخلاف في هذه القضية على طرفين :

الحنفية والحنابلة جعلوا من الوطء الحرام محرما ، وزاد الحنفية اللمس والنظر إلى الفرج ،و أما الشافعية والمالكية فلا يحرم الوطء الحرام حلالا ولا دواعيه كذلك .

وبذلك وسع الحنفية والحنابلة من دائرة موانع النكاح من المحرمات ، فيما ضيق الشافعية والمالكية منها .

---

[١]- باستثناء ما ذكره شراح المشروع الموحد كما أشرت اليه في موضعه من عدم التفريق بردة الزوجة .

القضية الرابعة : نظرة الفقهاء إلى الصداق كانت سببا في الخلاف المتعلق بفساد العقد . فالجمهور ينظرون إلى الصداق نظرة مختلفة عن نظرة المالكية ، فالصداق عند المالكية ركن من أركان العقد لا يجوز نفيه أو الانعقاد مع فساده ، ولذا فانهم جعلوا له تأثيرا كبيرا في إفساد العقد، أما الجمهور لا تأثير للمهر عندهم في فساد العقد أبدا ويصححون كل عقد .

القضية الخامسة : الشروط الفاسدة وتأثيرها على عقد النكاح هي واحدة من القضايا التي كانت مناطا للخلاف بين الفقهاء فمن رأى أن الشرط الفاسد له تأثير على ذات أصل العقد أفسد النكاح، ووسع من دائرة فساد العقد ، ومن رأى أن الشرط لا يؤثر على أصل العقد ، ألغى الشرط وعدل في بعض متعلقات العقد بما يقابل الشرط .

فالمالكية يفسدون العقد بفساد الشرط ، أما الحنفية فلا يفسد النكاح بشرط بل يلغو الشرط ويصحح النكاح والشافعية في الأصل يوافقون الحنفية إلا في الشرط المبطل لمقصود العقد ، وهو المعاشرة – وكذلك الحنابلة إلا أن يكون شرطا يخل بشرط صحة العقد أو يؤدي إلى نكاح منهي عنه أو ما يؤدي إلى قطع النكاح .

القضية السادسة : الخلاف في فرقة الإيلاء ، فهي طلاق عند الحنفية بمضي المدة وعند الجمهور حق للمرأة إذا رغبت تطالب به ولا تحدث الفرقة بمجرد مرور المدة .

القضية السابعة : النكاح الذي يؤول إلى قصد فاسد واختص المالكية به في نكاح المريض المخوف عليه فقد أفسدوه خلافا للجمهور لما فيه من قصد إدخال وارث يشارك الورثة المفترضين .

الرأي المختار من كل ذلك

إننا بحاجة إلى الحفاظ على استقرار عقود النكاح بعد انعقادها ما أمكن إلى ذلك سبيلا ، وأظن أنه ينبغي ترجيح الحكم بصحة عقد النكاح إذا انعقد وفق شروطه العامة المتفق عليها ، ولا يحكم بفساده إلا بورود دليل قوي مؤثر ، ويكون من القوة بالاستدلال بحيث يؤثر على العقد وذلك لطبيعة عقد النكاح وآثاره الخاصة ، حتى لا يكون عرضة للتهديد في أي لحظة ، ولذا وتبعا للأدلة فلا أظن صوابا الاخذ برأي الحنفية مثلا في اللمس والنظر إلى الفرج وما شابه ذلك لنجعله مفسدا للعقد ، ولو مضى على العقد دهور بمجرد عثرة عثرها زوج في يوم من أيام طيشه، ولا أرى عند الحنفية مستمسكا لهم فيه سوى التحليل العقلي المجرد المبني على تأويلات

بعيدة ، وإنه لمن المستغرب عند الحنفية أن يذهبوا هذا المذهب لأنهم في الأصل لا يفسخون العقد بعد تمامه إلا بالنص أو الإجماع ، ولذا فقد وجدنا من أفتى من الفقهاء بعدم وقوع هذه الفرقة حتى لا تلجأ النساء للمعصية بذلك أملا في الوصول إلى الفرقة التي يتشدد المذهب الحنفي في تيسيرها للمرأة ، حتى إن بعضهم أفتى بعدم وقوع الفرقة بردة المرأة اعتبارا لذلك .

ولا أظنه صوابا كذلك اعتماد رأي الحنفية في مسألة الإيلاء ، لأن الوطء حق المرأة ولا يوجد نص يصرح بوقوع الطلاق بمجرد مضي المدة ، فان أرادت المرأة تحمل الضرر فما الذي يمنعها من ذلك إذا أسقطت حقها ، وقد تكون مصلحتها في بقائها بعصمة الزوج أضعاف مصلحتها في الوطء ودواعيه ، وربما تكون قد بلغت من العمر عتيا ولا حاجة لها في وطء ولا دواعيه ، وإذا بقي المعتمد من الأقوال هذا ، كما هو الحال في القانون الأردني فقد تجد المرأة نفسها بائنة من زوجها دون أن تشعر أو ينتبه زوجها لذلك ، وفيه من المحظور ما لا يخفى .

أما ما يتعلق بالشروط الفاسدة

يشدد كثير من الفقهاء في إلغاء الشروط الفاسدة و إلزام مشترطها بالعقد دونها ، والعاقد لم يوافق على إجراء العقد دون هذا الشرط ، وقد يكون لا يعلم بفساده أو حكمه ، وقد لا يحقق بقاء العقد الحكمة المشروعة منه من دوام العشرة والمودة والسكن فتختل التوازنات المفترضة من قبل العاقد الذي هيأ نفسه لعقد على صفة معينة تتوافق مع أحواله ومتطلباته، فإما أن نبقي الشرط ونلزم الطرف الآخر به وهذا لا يصح لفساده ، و إما أن نلغي العقد كله ما دام أن الرضا غير مكتمل بفوات الشرط .

ولعل الحل الأوفق لذلك أن نأخذ بأصول المالكية في ذلك ، بإلغاء العقد قبل الدخول في حال لم يرغب المشترط بإلغاء شرطه ، وإذا تم الدخول فلوجود مفسدة في إلغاء العقد وعدم التمكن من إبقاء الشرط نصحح العقد ونلغي الشرط ، ونطبق معادلة الفقهاء الرابطة بين الشرط وتسمية المهر ليعدل المهر بما يتناسب مع إلغاء الشرط زيادة ونقصا .

أما الأنكحة المنهي عنها ، فان الجمهور بتمسكهم بأدلة النهي وما تقتضيه من إفساد للعقد ملتزمون بمنهجهم العام في ذلك ، والحنفية ملتزمون في منهجهم كذلك ، وهذا بحث أصولي لا نستطيع ترجيحه بالفروع لمصلحة جزئية إذ ينبني عليه فروع أخرى في مختلف أبواب الفقه ولذا فان الأمر الأيسر من ترجيح منهج أصولي على منهج آخر هو في النظر إلى الحل الواقعي لهذه الأنكحة وبتطبيقاتها على ما يجري به العمل فإنني لا أرى إشكالا في الأخذ برأي الجمهور القائل بفسادها ، وليس له تأثير كبير على أنكحة الناس ، وذلك لأن الأنكحة

المنهي عنها المذكورة لكي تكون فاسدة لا بد فيها من التصريح بما يفسدها ، ففي الشغار لا بد من ذكر البضع مقابل البضع في العقد ،وهذا نادر الحدوث ويمكن إنهاؤه اليوم لأن الأنكحة تجري على يد مأذونيها وموثقيها ، فيمكن لهم عدم إجراء العقد بهذه الألفاظ ومنع الناس منها بذكر المهور واستقلالية العقود .

وأما نكاح المحرم ، فان الإحرام لا يكون إلا في ميقاته المكاني والزماني والعقود اليوم يشترط فيه الكتابة والتوثيق لدى المراجع المختصة ، وهذه تكون في بلادها ولا نرى مشكلة اليوم في ذلك لانشغال الناس أثناء الإحرام بمناسكهم عما سواها خاصة وأن العقود تحتاج إلى ترتيبات معينة عند الناس ، إضافة إلى أن المناسك في الوقت الحاضر قد اختصرت الزمان والمكان لسهولة المواصلات وتنظيم الأمور فهي تؤدى بفترات زمنية قليلة سواء للحج أو العمرة ، وليس كما كان الحال في الماضي حيث كان يحتاج الناس فيها أياما طويلة من السفر و الإقامة ولذا فالأخذ برأي الجمهور تمسك بالدليل ولا حرج فيه على الأمة .

أما نكاح المحلل ، ليكون نكاح تحليل وينطبق عليه حكمه فقد نص اكثر الفقهاء على ضرورة ذكر التحليل في العقد أو ما يدل عليه ، وهذا على القول بفساده وفساد العقد يمكن منعه لدى إجراء الأنكحة على يد الموثقين ، ومن أراد التحليل فانه في الغالب يفعله دون ذكر له في العقد وهو ما أجازه المانعون أنفسهم لأن النية إن لم تترجم باللفظ لا أثر لها على العقد ، فان بدا للزوج الاستمرار في زواجه انعقد له ذلك ، وان شاء طلق ولا منكر عليه .

لكن في عالمنا الواسع قد تقع مثل هذه العقود بين الناس دون حضور الموثق ، وهذه قضية أصبحت من القضايا الخطيرة في المجتمع وهي تساهل الناس بإجراء بعض أنواع العقود خارج إطار النظام العام للدولة وقانونها كالزواج العرفي وغيره ولذا فلا بد وأن تكون القوانين واضحة في هذا الشأن وتضع حدا لمثل هذه الأمور حفاظا على الحقوق ومنعا للنزاعات الناشئة عن ذلك ، ولا مانع من وضع بعض الاستثناءات لمعالجة حالات قد تكون خاصة لكن تقدر بقدرها ، ونحن نقول ذلك علما بأن القوانين المغربي والليبي [١] والمشروع الموحد[٢] اتجهت إلى عدم وقوع الطلاق إلا لدى الموثق المعتمد في الدولة من باب المصلحة، والزواج أرى أنه أولى من ذلك من حيث ترتب المصلحة على توثيقه ومراعاة شروطه قبل إجرائه .

فساد العقد المرتبط بالصداق وأثره على العقد ووزن الصداق في العقد :

ذكر المالكية أن الصداق شرط صحة في الدخول لقوله تعالى : (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)(النساء: من الآية٤) والأحاديث الناصة على ضرورته ، وقيل هو ركن في الزواج ولا

١- المادة ٣٥ ٤٧ من قانون الزواج والطلاق الليبي .
٢- المادة ٧٩ من المشروع الموحد

يجوز التراضي على إسقاطه بإجماع المالكية ، قال الحطاب المالكي (غاية ما في الأمر أن الصداق يجب أن لا يشترط سقوطه وهذا هو الشرط في صحة النكاح)[1] .

والمالكية بذلك يقاربون بين عقد النكاح وعقود المعاوضات فيفسدون النكاح بفساد المهر وكذلك بنفيه ولا يقبلون في النكاح هبة المرأة نفسها دون مهر استثناء بالنص الذي جعل ذلك من خصائص النبي عليه الصلاة والسلام قال تعالى: (وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)(الأحزاب: من الآية٥٠) ولذا فلا بد من المهر وأن يكون بينا معلوما إذا ذكر ، و إذا لم يذكر ولم يشترط نفيه فالعرف جار في تحديده بمهر المثل وهو ما يسمى بنكاح التفويض ، وكذلك إذا جعل الأمر لطرف ثالث لتحديده وهو ما يسمى بنكاح التحكيم ، ودون ذلك فان المالكية يفسدون العقد ويفرقون بين الزوجين قبل الدخول أما بعد الدخول فلمراعاة خلاف غيرهم في معنى الصداق وركنيته ولوجود هذا الخلاف فلا يفسدون المهر عملا بدليل المخالف للمصلحة المترتبة على آثار العقد بعد الدخول فيصححون العقد ويصححون المهر بتحديده بمهر المثل ضمن قواعد خاصة لذلك .

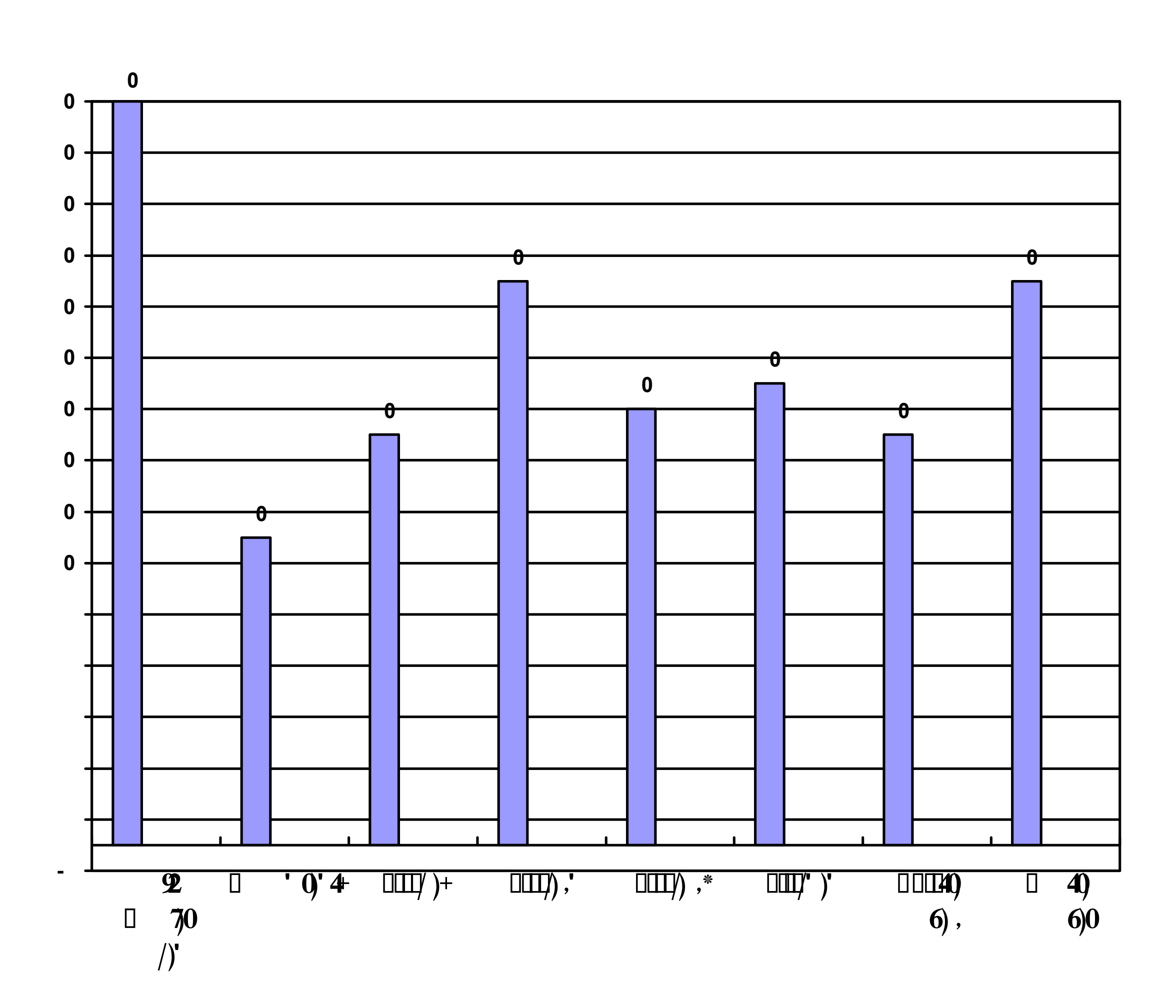
أما الجمهور فلا اثرعندهم للمهر مطلقا في العقد ، وهو ليس بركن ولا شرط في العقد ، بل هو أثر من آثاره ، إذا لم يحدده العاقدان تحدد بحسب العرف ، وقالوا فساده غايته كأنه لم يكن ، وكذلك نفيه ، وفي هذه الحال يقابل نكاح التفويض الذي لم يسم فيه مهر ، فلا حاجة لإفساد العقد بذلك ، كما أن المال في عقد الزواج أمر تبعي لا أصلي ، لأن الزواج ليس من عقود المعاوضات بكل وجه ، وقد طبق الفقهاء بعض أحكام المعاوضات على النكاح للتشابه في بعض الحالات ولضرورة استنباط الأحكام التي لم ينص عليها .

ومع هذا الخلاف إلا انه يمكن تجاوزه كما ذكرت في غيره بذكره عند العقد خروجا من الخلاف الفقهي وابتعادا عن الخلاف المستقبلي بين الزوجين الذي قد يؤدي الى خلل في رباط الزوجية المعنوي بينهما .

وفي نهاية هذا المبحث أبين التباين العددي لحالات التفريق للادعاء العام حسب المذاهب الفقهية والقوانين المعروضة كما يلي وفق الرسم البياني التالي الذي يبين حالات التفريق الكلية المختلف والمتفق عليها وعدد الحالات التي اختارها كل مذهب أو قانون من مجملها :

---

[1]-مواهب الجليل :٤١٩/٣ .



الفــصل الثالث

جهة إصدار الحكم

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : القاضي

المبحث الثاني : الحكم

الفصل الثالث

جهة إصدار الحكم

تمهيد

موضوع الدراسة ليس القضاء بصفة عامة أو التعريف بالقاضـــي وشـــروطه وكيفيـــة تنصيبه إلا أنني وجدت من الضرورة الحديث عن الجهة المصدرة للحكم القـضائي بـصفتها مقوما من مقومات نظرية التفريق كما أن هناك مباحث مهمة في الحديث عن القضاء والقاضي لها صلة بموضوع التفريق ، وخاصة في أوقاتنا المعاصرة ، التي يعيش فيها المسلمون في شتى بقاع الدنيا في البلاد الإسلامية وغير الإسلامية ، وحتى البلاد الإسلامية فان منها من يحتكم إلى أحكام الشريعة ومنها من لا يحتكم ، ومنها ما تختلط فيها الأحكام ، ويتبع ذلـك التعـدد فـي الأنظمة القضائية ، وتعيين القضاة في تلك الدول والتي لا ينفك المسلم في مسألة مـن مـسائل الأحوال الشخصية التي تعنى بالزواج و الفرقة من التحاكم ومراجعة النظام القضائي القائم ، أو قد يضطر إلى اللجوء اليه بحكم القانون العام في الدولة الآمر بذلك .

لكل ذلك رأيت أن أضم هذا الفصل إلى موضوع الدراسـة لتجليـة بعـض المفـاهيم والأحكام فيها، ولذا سيكون الطرح هنا متجهاً إلى خدمة هذا الهدف دون الخوض في كثير مـن التفصيلات التي محلها كتب القضاء والسياسة الشرعية .

ومما سأحاول بيانه الجهة الرئيسة في العملية القضائية وهو القاضي ثم الجهة التي قـد تنـوب عنه، ومعالجة أحكام القاضي غير المسلم وذلك لدى النظام القضائي في الدول الإسلامية وفـي الدول غير الإسلامية.

المبحث الأول : القاضي

المطلب الأول : تعريف القاضي وشروطه

الفرع الأول : التعريف بالقاضي

درجت أكثر كتب الفقه على البدء بتعريف القضاء ووضعت لذلك حـدوداً ورسـما . وعند الحديث عن القاضي توجه التصنيف إلى بيان شروطه وصفاته وآدابه لذا فإننا من الممكن أن نصل إلى تعريف القاضي من تعريفهم للقضاء ، و المتأخرون عرفوا القاضي بأنـه الـذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين النـاس توفيقا لأحكامها المشروعة[1] .

[1]- المادة ١٧٨٥ / مجلة الأحكام العدلية .

اتفقت كلمة الفقهاء على أن القاضي لا يكون كذلك حتى يولى من صاحب الولاية العامة في الدولة ، وذلك للتمييز بينه وبين المحكم ولتكون له ولاية عامة مستمدة من الجهة التي قامت بتعيينه .

الفرع الثاني : شروط القاضي وصفاته

هناك صفات واجب توفرها في القاضي اشترطها الفقهاء لصحة تولية هذا المنصب وصحة اعتبار ما يصدر عنه من أحكام ، إلا أن الفقهاء لم يتفقوا على هذه الشروط مجتمعة فهناك شروط متفق عليها بينهم وشروط مختلف عليها .

الشروط المتفق عليها هي[١]:

١- الإسلام ٢-العقل ٣-البلوغ ٤-السمع ٥-البصر ٦-النطق .

الشروط المختلف عليها [٢]

١- العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام

قال الحنفية العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام ليس شرطا في القاضي لتقليده القضاء بل يندب ويستحب ، لأنه من الممكن أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى فتواهم وهو خلاف الأولى .

٢- الذكورة

الذكورة عند الحنفية ليست شرطا لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضي في الحدود والقصاص لأن الحدود لا تقام بشهادتها وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة ، وان كانت لا تولى إلا أنها إن وليت نفذ قضاؤها .

٣- العدالة

العدالة ليست شرطا عند الحنفية للتولية بل هي شرط كمال إذا لم يجاوز المولى حد الشرع في قضاياه ، لأن الفاسق من أهل شهادة التحمل ، وتقليده خلاف الأولى .

والأمور المختلف فيها يتفق الفقهاء غير المشترطين لها أن وجودها يعتبر من الأفضل فيمن يتولى القضاء ، ويصححون ولاية من لم تتوافر فيه ، أما نفاذ الأحكام فكثير من المحققين يتجهون إلى نفاذ أحكام ممن لم تتوافر فيه صفات الكمال من الوالي أو من يعينه من القضاء ، وإن كان الأولى عدم توليته يقول الإمام العز ابن عبد السلام : (والقضاة في قول ورأي كالأئمة في عدم اشتراط العدالة لنفوذ أحكامهم)[٣] وأضاف أنه عند تعذر العدالة في الولايات فيقام أقلهم

---

[١]- الكاساني ، البدائع ج٧ص٣ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية :ص١٩٥ ، الشربيني ، مغني المحتاج :ج٤ ص ٣٧٤ ،
[٢]- الكاساني ، البدائع : ج٧ص٣ .
[٣]- العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام : ج١ص٦٨

فسوقا ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلبا للمصالح العامة ودفعا للمفاسد الشاملة ، إذ يبعد عن الشارع ورعايته لمصالح العباد تعطيل المصالح العامة وتحمل المفاسد الشاملة لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها[١] .

المطلب الثاني

شرط الإسلام في القاضي

إن اشتراط إسلام القاضي الذي يولى في الدولة المسلمة لم يختلف فيه فقيهان من المسلمين ، حيث أن النظر في أقضيه المسلمين وتطبيق أحكام الإسلام عليهم – وهي دين –لا يؤديها حقها ويفهمها فهما إلا مؤمن بها متبع لها ، إضافة إلى أن الصفات الأخرى التابعة إنما يحوطها دين الشخص بالرعاية و الحماية والحفظ. .

حتى أن الفقهاء في جلهم اشترطوا أن يتولى المسلم القضاء ولو كان المتقاضيان غير مسلمين لأن القانون العام الواجب التطبيق في الدولة الإسلامية هو القانون الإسلامي وتعيين اكثر من قاض داخل الدولة بولاية عامة له ليطبق كل منهم قانونا خاصا يؤدي إلى هدم عنصر وحدة النظام القضائي ، ويؤدي إلى تعدده وتعدد القانون المطبق الواجب التعميم على الصغير والكبير والغني والفقير والشريف والوضيع.

وهذا لا يعني عدم اختصاص الأقليات بفقههم الخاص في المسائل الشخصية والعقائدية لكن ما يتعلق بالنظام العام فهم والمسلمون سواء .

إلا أن هذا الفقه السائد قديما إنما هو فقه يعبر عن واقع كان قائما آنذاك حيث الدولة المسلمة التي تحتكم إلى شريعة ربها وتعتني بالأقليات الساكنة في ذمتها وتحت رعايتها. ولم يتعرض الفقهاء إلى وجود أقليات مسلمة تعيش في دول ذات نظام غير إسلامي على العكس من واقعهم ، فلا نكاد نجد من رتب لهم أحكامهم سوى مما ذكر من أحكام تغلب الكفار على المسلمين في ديارهم وتعيين ولاة أو قضاة عليهم من المسلمين أو من غير المسلمين. و إننا نجد مثل هذا الفقه لدى الكتابات المعاصرة في القضاء ونظامه ، حيث لم تناقش هذه المسألة تأصيلا وتفريعا.

---

[١]- المرجع السابق :ج١ص٧٤ ، الحصني ، كفاية الأخيار:ص٧٢٨ .

الفرع الأول

الحلول الافتراضية حال عدم وجود القضاء الإسلامي

لقد تعرض بعض الفقهاء إلى بعض الحلول التي يمكن اللجوء إليها في حال عدم قدرة الخصوم على التقاضي لدى قاض مسلم لأسباب متعددة و من خلال الاطلاع على النصوص القديمة والمعاصرة التي تعرضت لهذا الأمر يمكن أن نجمل الحلول الخاصة بمسائل التفريق فيما يلي :

الأول : اللجوء إلى التحكيم

أحد الحلول المقترحة هو لجوء الزوجين إلى جهة تحكيمية سواء كانت شخصا أو أشخاصا أو هيئة لها علاقة ومعرفة بالفقه الإسلامي تستطيع فصل النزاع بين الزوجين بموجب الأحكام الشرعية ، ومن خلال هذا المطلب سأبين بعضا مما يتعلق بهذا الحل وأترك التفصيل فيه إلى المبحث القادم حيث خصصته لهذه الغاية .

يقول الدكتورعبد الكريم زيدان إذا اختار الحاكم الكافر المتغلب على ديار المسلمين قاضيا غير مسلم للنظر في أقضية المسلمين (ففي هذه الأحوال يجب على المسلمين عدم رفع دعاواهم إلى هذا القاضي وإنما عليهم الالتجاء إلى التحكيم فيحكمون مسلما عدلا عالما بالشرع ليحكم في قضاياهم)[1] .

وهذا الحل لو تم التدقيق فيه فلا أرى أنه يشكل حلا عمليا واقعيا مفيدا على إطلاقه ، وإن كان حكما تكليفيا تجب مراعاته من قبل المسلمين ديانة، ومع أن فكرة التحكيم الرضائي تخرج المسلمين أينما وجدوا من إشكالية وجود قاض غير مسلم أو قانون غير إسلامي إلا أن هذه الفكرة يعترضها عدة أمور سأعرضها بعد حين، وهذا الأمر دعا اليه بعض المعاصرين مثل الدكتور الميقاتي[2] والدكتور فيصل المولوي [3] في حال وجود قانون مخالف للشرع يطبق في المحاكم فحين يسمح القانون للناس في عقودهم وتعاملاتهم أن يبرموا اتفاقا تحكيميا ويكون له صفة الإلزام بينهم فإنه يتوجب عليهم إبرام مثل هذه الاتفاقات للوصول إلى تحكيم الشريعة في شؤون الحياة ، وهو أمر ممكن وقابل للتطبيق في جوانب كثيرة تختلف بحسب قوانين التحكيم من دولة لأخرى يقول الدكتور الميقاتي : (الاحتكام إلى الشريعة إن غاب عن التشريع

---

[1]- زيدان ، نظام القضاء في الإسلام :ص٢٨ .

[2]- رأفت الميقاتي ، بحث وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ووسائلها /المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون / التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون / ص ٢٧٧ .

[3]- في بحثه المنشور في مجلة المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث العدد الثالث ص ١٩٢ حيث دعا إلى وجوب التحكيم .

والقانون في دولنا ، ينبغي ألا يغيب على المستوى التحكيمي الذي ترعاه قاعدة سلطان الإرادة وحرية المتحاكمين في اختيار القواعد الواجبة التطبيق إجرائياً وموضوعيا) [١] .

الثاني : اللجوء إلى جهة شرعية تعطى حكم القضاء عند فقده

الحل الثاني ينطلق من فرضية فقد القضاء واقعا أو اعتبارا ، واقعا من حيث عدم وجود جهة قضائية حقيقة لأي سبب من الأسباب كالحروب والنزاعات ، واعتبارا في حال وجود جهة قضائية لكنها غير معتبرة شرعا لفقدها شرطا من شروط صحة التولية أو لعدم اعتبارها لحكم الشرع في أحكامها .

وهذه الفرضية قد مر على ذكرها الفقهاء قديما وحديثا ، ومن الحلول التي رتبوها لذلك أن يلجا الناس إلى شخص له صفات القاضي جائز التولية يسمونه المحكم ويقوم هذا الشخص بنفس أعمال القاضي المولى من سماع البينة وإصدار الأحكام و نفاذها .

والمحكم المقصود به هنا غير المحكم الذي يختاره الطرفان اتفاقا ، بل يلجأ اليه أحد الأطراف وإن لم يقبل الطرف الآخر .

وقد ورد عن الشافعية في بعض قضايا التفريق التي تتطلب رفع الأمر فيها إلى القاضي كما في التفريق للإعسار عن دفع النفقة أنه إن فقد القاضي وجب اللجوء إلى المحكم [٢].

هذا وقد أصل الجويني حكم المسألة حال شغور الزمان عن الوالي ذي الكفاية فإن الحل يكمن في تحكيم المجتهدين من العلماء ، ونفوذ أحكامهم فيما ينفذ فيه حكم القاضي والخلاف في نفوذ الأحكام حال وجود الإمام يصير مقطوعا به عند فقده[٣] ، وقال الشربيني : (ولو خلا الزمان عن إمام رجع الناس إلى العلماء فإن كثر علماء الناحية فالمتبع أعلمهم فإن استووا وتنازعوا أقرع)[٤].

يقول الشيخ فيصل مولوي نائب رئيس المجلس الأوربي للبحوث والإفتاء عن زوجين مسلمين يقيمان في السويد ، وقد أصدرت المحكمة السويدية حكماً بطلاقهما: (إن الطلاق الذي تحكم به المحكمة السويدية بين زوجين مسلمين مقيمين في السويد، وقد يكون أحدهما أو كلاهما سويدي الجنسية، هذا الطلاق ليس له مفعول شرعي، ويجب عرضه على محكمة شرعية رسمية في أي بلد من بلاد المسلمين، أو على الجهة الشرعية التي عقدت الزواج الشرعي في السويد، أو على الجهة الشرعية المعترف بها من قبل المسلمين في السويد بحكم الواقع. وعلى هذه الجهة

---

[١]- رأفت الميقاتي ، بحث وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ووسائلها /المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون / التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون / ص ٢٧٧ .

[٢]- الدمياطي ، إعانة الطالبين : ج٤ص٩٢ .

[٣]- الجويني ، غياث الأمم في التياث الظلم : ص١٧٤ .

[٤]- الشربيني ، مغني المحتاج :ج٤ ص ٣٧٣ .

الشرعية أن تبيّن ما إذا كان الطلاق الحاصل من قبل المحكمة السويدية نافذاً شرعاً، فتعلن ذلك للزوجين.

وإذا كان هذا الطلاق الصادر عن المحكمة السويدية بناءً لطلب الزوج فإنه يعتبر نافذاً من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق ، أو من تاريخ طلبه الطلاق من المحكمة. وليس للجهة الشرعية في السويد في هذه الحالة إلاّ أن تعلن وقوع الطلاق الشرعي بالتاريخ المشار إليه. أما إذا كان الطلاق الحاصل من المحكمة السويدية بناءً على طلب الزوجة فإنه لا يكون له أي أثر شرعي إلاّ إذا وافق عليه الزوج.

ويعتبر تاريخ الطلاق حاصلاً عند تاريخ موافقة الزوج عليه، وتبدأ عدّة الزوجة من هذا التاريخ. وإذا كان الزوج غير موافق على الطلاق ، ومصراً على بقاء الحياة الزوجية فيجب على الجهة الشرعية أن تدعو الطرفين للنظر في القضية. فإذا وافق الطرفان على تحكيم هذه الجهة فيكون حكمها نافذاً شرعاً وقانوناً. وإذا لم يحضر الزوج رغم دعوته، أو لم يعرف عنوانه، فبإمكان الجهة الشرعية التي تعتبر بمثابة القاضي الشرعي للضرورة، بإمكان هذه الجهة أن تقرّر التفريق بين الزوجين إذا تبيّن أن الزوج مضار، أي : أنه يريد عدم الطلاق إضراراً لزوجته رغم استحالة استمرار الحياة الزوجية. ويعتبر الطلاق في هذه الحالة حاصلاً بتاريخ صدور القرار من الجهة الشرعية، وليس بتاريخ صدور الحكم من المحكمة السويدية. كما يمكن للجهة الشرعية التفريق بين الزوجين إذا تبيّن لها استحالة استمرار الحياة الزوجية ولو لم يكن الزوج مضارا) [١] .

أما الإشكالات التي قد تعترض التطبيق فيمكن إجمالها في النقاط التالية:

١- إن الفقهاء اشترطوا في المحكم ما اشترطوا في القاضي من صفات وليس في مقدور الأفراد الوصول إلى شخص فيه هذه الصفات حيث لا يملكون وسائل التحري والتدقيق .

وان كان يمكن تجاوز ذلك بان يختار خيرة القوم من علمائهم أشخاصا معينين يرشدون الناس إليهم يلجأ لهم عامة الناس في التحكيم في الخصومات ، وهؤلاء المحكمين يهيئون أنفسهم لذلك الأمر من العلم والمعرفة وشرائط القضاء.

٢- لا يحتاج الناس اللجوء إلى القضاء إلا في الخصومات والمنازعات ، ومن المعلوم فقها أن المحكم لا بد وأن يكون باختيار الفريقين لكي يكون حكمه ملزما، وعند الخصومة فإن المستفيد من النزاع قد لا يوافق على التحكيم ، فيتضرر الطرف الآخر لأجل ذلك .

---

[١]- هذا النص منقول بكامله عن موقع الإسلام أون لاين على شبكة الإنترنت المنشور بتاريخ ٢٠٠١/٧/٤ .

٣- ثم إن المهم في عنصر اللجوء إلى القضاء هو تنفيذ الأحكام ، لأنه الثمرة المطلوبة، والمحكمون وان كانت أحكامهم ملزمة إلا أنهم لا أداة لديهم لتنفيذ الأحكام أو سلطة لإلزام الآخرين بها ما لم تتأيد أحكامهم بقوة قانون الدولة الآمر بتنفيذها بعد عرضها على دوائر التنفيذ ، وهذا قد يتعسر إذا لم يقبل به قانون الدولة ونظامها .

٤- والإشكالية الأخرى في حكم المحكمين على فرض الوصول اليه ، أنه إذا عرض على القضاء لغايات التنفيذ ،فان المحكمة المختصة وعلى فرض عدم الاعتراض عليه من قبل الطرفين تنظر في الحكم تدقيقا و إذا رأت أنه مخالف للنظام العام في الدولة فلا تنفذه ، و تقوم بإبطاله ، وكذلك فإن الدول عند تشريع قانون التحكيم تحدد موضوعات النزاع التي يجوز التحكيم فيها والتي لا يجوز ، وما لا يجوز فانه يكون خاضعا للإبطال عند عرضه على القضاء[١] .

٥- ومن الاعتراضات الواردة كذلك أن بعض الموضوعات لا يجوز التحكيم فيها عند بعض الفقهاء كعدم جواز التحكيم في التفريق بين الزوجين في غير حالة الشقاق عند المالكية [٢] ، وإذا كان موضوع النزاع مما يجوز فيه التحكيم فلا إشكال لكن الاختلال يكون في الشق الآخر الذي لا يجوز فيه التحكيم .

الثالث : استقلال المرأة بالفسخ

أجاز الشافعية للمرأة في بعض الحالات عند عدم وجود القاضي أو المحكم وتعذر الوصول إليهما أن تستقل المرأة بفسخ عقد النكاح في بعض الحالات ونصوا على ذلك في حالة التفريق لعدم النفقة واشترطوا عليها أن تشهد على دعواها[٣] ، قال الغزالي : (ولا خلاف في أنه ينفذ ظاهرا- أي الفسخ - إذا لم يكن في الناحية حاكم أو عجزت- أي المرأة - عن الدفع[٤]- يعني إذا طلب منها مالا مقابل الرفع إلى القاضي ولم تقدر عليه أو لم يكن هناك قاض ترفع إليه أمرها أو من يقوم مقامه ، جاز لها أن تفسخ العقد إذا وجد سبب الفسخ ويتطلب منها ذلك أن تشهد على ما تفعل من وجود السبب وقرار الفسخ ، وهذه الحالة هي حالة استثنائية وليست من الأحكام السارية في ضمن الأحوال الطبيعية التي يكون فيها نظام الدولة مستقرا .

ولعل هذا الحل لا يستقيم و إلا اضطربت الأحوال ثم لا نكاد نتصور خلو الزمان عن حاكم أو محكم يلجأ له والله أعلم .

---

[١]- انظر قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المواد ٤٨ - ٥٤ ونصت كذلك المادة ٣ على أن القانون يسري على كل نزاع مدني أو تجاري فقط .

[٢]- الدسوقي ، حاشية الدسوقي : ج٢ص ٣٤٦ .وسيأتي تفصيل ذلك في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل .

[٣]- النووي ، روضة الطالبين : ج٩ص٧٦ .

[٤]- الغزالي ، الوسيط :ج٦ص٢٢٤ .

الفرع الثاني

قرار التفريق من القاضي غير المسلم

البحث في الجهة مصدرة الحكم له عدة أحوال . فقها وواقعا

أما في الفقه فقد تعرض الفقهاء لمسالة القاضي المسلم وحكم غير المسلم و الحالات التي لا يوجد فيها قاض يقضي بين الناس كيف يحلون نزاعاتهم ويثبتون حقوقهم وقد نص الشافعية على ذلك في عدة مواضع من مسائل التفريق منها ما أشرت اليه في نهاية الفرع الأول في مسألة التفريق لعدم الإنفاق مثلا وكيف يمكن اللجوء إلى المحكم أو الاستقلال بالفسخ .

أما واقعا فإن الأنظمة القضائية في دول العالم الإسلامي (غالبا) تجيز تعيين القاضي غير المسلم للنظر في الأحكام بين المسلمين إلا أن مسائل الأحوال الشخصية ما زالت من المستثنيات في الإطار العام حيث تختص بالقضاة المسلمين ، ومع هذا الاختصاص فقد توجد حالات يمكن أن ينظر فيها هيئة قضائية غير مسلمة في مسألة تخص أفراد المسلمين ، وذلك مثلا في ما عليه العمل في القانون الأردني[1] أنه إذا كان أحد طرفي النزاع غير مسلم فالاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية لا يكون للمحكمة الشرعية إلا بموافقة الطرفين و في هذه الحالة قد تتحول القضية إلى القضاء النظامي التي ربما ينظرها قاض غير مسلم يحكم على مسلم في مسألة من مسائل التفريق .

وواقع آخر يتمثل في الأقليات المسلمة الموجودة في الدول غير الإسلامية التي قضاتها من غير المسلمين والتي تحكم بنظام غير إسلامي يسمونه مدنيا أو علمانيا .

وهنا لابد من ملاحظة أمرين الأول : هل العلة في الشخص الذي يحكم أم في القانون الذي يحكم؟

نظر الفقهاء المسلمون إلى المسالتين من الناحية الفقهية لأن القانون لن يكون الأقدر على تطبيقه وسبر مكنوناته والاجتهاد فيه إلا من يؤمن به ويعتقده ، والمسألة عند المسلمين مرتبطة بالديانة والتعبد لا بمجرد الفعل المادي الدنيوي الآثار ، إلا أن الأحكام الصادرة في التفريق في البلاد غير الإسلامية تترتب عليها آثارها بين الطرفين هناك إذا كان عقد زواجهما مقيدا هناك بموجب قوانين تلك البلاد ، ويتمكن الطرفان بعد ذلك من إجراء زواج جديد دون الرجوع إلى محاكم أخرى ، فكيف العمل إزاء ذلك كله؟.

---

[1]- انظر المادة ١٠٣ و ١٠٥ من الدستور الأردني والمادة ٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، والمادة ٧ و٨ من قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة .

إن ما جرى عليه العمل لدى محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن هو ضرورة أن يكـــون الحكم الصادر بالطلاق يتضمن أسبابا مقبولة شرعا ليتسنى اعتماده ، إلا أن الأمر من وجهـــة نظري يحتاج إلى تدقيق وبحث كبير لوجود إشكالات كثيرة تنبني على ذلك لكثـــرة المـــسلمين والمسلمات في تلك الديار ويمكن تحقيق المسألة فيما يلي من أمور :

١- التفريق هل هو مسألة اجتهادية أم توقيفية ؟

٢- التفريق الذي حصل هل هو محصور الأسباب أم غير محصور ؟

٣- كيفية إجراء العقد ومكانه ومدى تأثير ذلك على التفريق ، فالأصل في الطرفين إذا عقدا عقداً مستوفيا الشرائط الشرعية وفق قانون غير إسلامي وهما يعلمان أن التفريق لـــه أحكام خاصة عندهم سنداً لهذا العقد وكان الرجل عالما بذلك قـــابلا بـــه،وكانت تلـــك الأحكام مما يجوز الاتفاق على مثلها أو المصالحة عليها وليس فيها مخالفة للنظام العام الشرعي، يكون الزوج بذلك وكأنه دخل في العقد قابلا حكم القانون فيه مفوضا إيـــاه ، خاضعا لأحكامه وهذا من حيث الأثر له حكم النص على الشرط فـــي العقـــد ، وهـــذا الملحظ خاص بدرجة أكبر بالأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية بنـــاء علـــى طلـــب المرأة، لأن الرجل إذا كان هو المدعي فلا إشكال فهو الذي يملك حق الطلاق ويملـــك التفويض به والتوكيل.

وقد نقلت فتوى الشيخ المولوي في الفرع الأول ، وهي تتعرض لهذا الأمر حيث يرى عدم اعتماد تلك الأحكام ما لم تقر من جهة شرعية بصحتها ، والمدقق بالفتوى يلحظ أمـــرين الأول عدم اعتماد الحكم ابتداء لعدم معرفة الخصوم مدى المطابقة مع الحكم الشرعي ولذا فهم بحاجة لمرجعية شرعية تعنى بذلك والثاني هو عدم الاعتراف بمرجعية الحكم الصادر من تلك المحكمة ولو كان مطابقا للشرع بدلالة أن الشيخ أفتى بسريان أحكام الفرقة عند صحة أسبابها من تاريخ القرار الصادر من المرجعية الشرعية وليس المحكمة الأجنبية ، وهذه الفتوى نقلتهـــا وأعلـــق عليها لأهمية موضوعها ولدلالة الجهة المصدرة لها حيث أن الـــشيخ المولـــوي مـــن العلمـــاء المشاركين في بيان الأحكام الشرعية للجاليات المسلمة خارج العالم الإسلامي وهو كـــذلك فـــي المجلس الأوروبي للإفتاء ، وقد رجعت إلى المجلة الخاصة بإصدار الفتاوى المعتمدة للمجلس الأوروبي ووجدت الفتوى رقم (٦٠) التي تنص على أمرين الأول اعتماد تلك الأحكام والثـــاني تعليل هذا الاعتماد بالتفويض الضمني من الزوج المحمول محمل الشرط في انطبـــاق أحكـــام التفريق حسب القانون الأجنبي عليه ، وهذا نص الفتوى :

(الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاض مسلم أو من يقوم مقامه، غيــر أنــه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية، فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد، تنفيذ قرار القاضي غيــر المــسلم بالطلاق؛ لأن هذا المسلم لما عقد زواجه وفق هذا القانون غير الإسلامي، فقــد رضــي ضــمناً بنتائجه، ومنها أن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي. وهو ما يمكن اعتبــاره تفويــضاً مــن الزوج جائزاً له شرعاً عند الجمهور، ولو لم يصرح بذلك. لأن القاعدة الفقهية تقول (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[1] وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي جائز مــن بــاب جلــب المصالح ودفع المفاسد وحسماً للفوضى، كما أفاده كلام غير واحد من حذاق العلماء كالعز بــن عبد السلام وابن تيمية والشاطبي)[2] .

وهذا التعليل منطقي ينسجم مع القواعد العامة وأضيف إلى ما ورد في الفتوى مؤيدا لها أن التعاقد مع المرأة في تلك الدول مع العلم بالتقاضي إلى ذلك القانون ، بموجب العقــد الناشــئ عندهم أو الموثق بعد نشوئه لديهم ، هذه الصورة تتجه وتقترب من صيغة الاتفــاق التحكيمــي الذي يتم إنشاؤه عند التعاقدات المختلفة لتعيين المرجعية القانونية و الإجرائية حال حصول أي نزاع بين المتعاقدين ، مع عدم سلب الطرفين حرية اللجوء إلى القضاء إذا رغبا بذلك اتفاقــا ، والأخذ بذلك قد يرفع الحرج خاصة إذا تم الأخذ بالرأي القائل بان الاتفاق التحكيمــي[3] إذا تــم إنشاؤه مع العقد كشرط من شروطه له صفة الإلزام بعد ذلك[4] ، ويقول الدكتور الــدوري : (القول بعدم جواز عزل المحكم إلا بتراضي الخصمين معا هو الأقوى ، لأن جميع أقوال الفقهاء في ذلك اجتهادية مبنية على إرادة تحقيق مصالح الناس ولو انفرد أحدهما بنقض عقد التحكــيم فإنه يؤدي إلى بطلان المقصود من التحكيم)[5]، وبهذا يتم نقل الاختصاص القضائي للمحكمة غير الإسلامية من الصفة القضائية إلى الصفة التحكيمية ، إلا أن هذا قد يعترض عليــه بــأن المحكم لا بد وأن يكون مسلما وان يحكم بموجب الشرع فأما المسالة الأولى فقد أجــاب عنهــا الدكتور عبد الحميد الأحدب[6] بأن هناك اتجاها يرتكز على قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها)[7] يجيز أن يكون الحكم غير مسلم لأن المرأة قد تكون من أهل الكتاب فيكون الحكم المختار من أهلها من أهل الكتاب وحيث أعطت الآية الأولوية لهذا الاختيار وهو فــوق

---

[1]- انظر شرح القاعدة : الزحيلي ، القواعد الفقهية :ص٣٠٤ .
[2]- نص الفتوى كما هو منشور على موقع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث على شبكة الإنترنت .
[3]- ويلاحظ ضرورة عدم مخالفة ذلك الاتفاق للنظام العام وكونه في الأمور التي يجوز الاتفاق ا أو المصالحة عليه .
[4]- الأحدب ، عبد الحميد ،التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي منشور في مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة /لبنان ص١٦٢ .
[5]- الدوري ، عقد التحكيم : ص ١٤٧ .
[6]- أمين عام مجلس التحكيم العربي الأوروبي وهو محام و أستاذ في الحقوق .
[7]- سورة النساء ، آية (٣٥) .

الجواز ولا يوجد ما يشير أو ينص على عدم ذلك أو يستثني هذه الحالة من التحكيم ، وهذا الأمر قد يستفاد منه وفي حال الضرورة فهو أصل معتبر في القرآن في الإشهاد على الوصية من غير المسلمين[١] .

وقد اطلعت لاحقا على بحث مهم في الموضوع للشيخ المولوي بعنوان تطليق القاضي غير المسلم وهو موجه إلى الجالية الإسلامية وضع فيه احتمالات عدة وأجاب عليها معتمدا مبدأ الجنسية ومكان إجراء العقد وتفويض الزوج وأن الشرط المعروف كالمنصوص وقواعد رفع الضرر وقد خلص في نهايته إلى أن الزواج الذي يتم في بلد غير إسلامي يحتمل ضمنا اتفاق الزوجين على إعطاء القاضي هناك الحق الذي يعطيه الشرع للزوج في إيقاع الطلاق، وذلك من قبيل تفويض الرجل حق الطلاق إلى القاضي ، وليس للرجل بعد ذلك رفض هذا الحكم بحجة أنه لم يطلق طلاقا شرعيا ، وهي نتيجة كما نلاحظ تختلف عن نص الفتوى التي تم عرضها سابقا[٢].

وأما المسألة الثانية وهو القانون الواجب التطبيق فإن موضوعنا يتعلق بأمرين حالة التفريق ذاتها ثم ما يتبعها من حقوق مالية فأما الحقوق المالية فإن أمرها ميسور وذلك لأنها قابلة للصلح وما يقبل المصالحة فالتحكيم فيه جائز عند الفقهاء ، وأما حالة التفريق ذاتها فإن في الأخذ برأي الفقهاء على اختلافهم لا نكاد نجد حالة من الحالات المتوقع بسببها طلب التفريق إلا وقد ذكر الفقهاء جانبا منها ، كما أنهم تركوا مجالا واسعا في ما يسمى التفريق للضرر ، والتفريق مخالعة ، كما فصلت فيه في موضعه من هذه الدراسة ، ولما وصلت له من نتيجة وهي أن حالات التفريق من القضايا الاجتهادية الخاضعة لقواعد الاجتهاد وأدلته الأصولية بمجموعها ويمكن التوسع فيها في مثل هذه الحالات رفعا للحرج عن الناس وخاصة المرأة التي تطلب الحفاظ على دينها في مجتمعات لا تدين في الأصل بدين .

ولعل هذه الحلول يمكن أن تكون ناجعة في حالات عدم مخالفة الحكم الصادر من القاضي أو المحكم للنظام الشرعي العام ، إلا أن هناك حالات تبقى خارج إطار هذا الحل تتعلق بالحكم مثلا برفض الفرقة والحكم ببقاء العقد عند وجود ما يمنع ذلك شرعا كردة الزوج وكون المرأة محرمة على الزوج فمثل تلك الأحكام التي لا تقبل المصالحة ولا يجوز الاتفاق على خلافها لا

---

[١]- الأحدب ، عبد الحميد ،التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي منشور في مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة /لبنان ص١٦٦ .

[٢]- انظر ، مولوي ، حكم تطليق القاضي غير المسلم ، بحث منشور في العدد الأول من المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للافتاء والبحوث عام ٢٠٠٢م ص ٧٥-٨٨ . ومنشور على الموقع الالكتروني للمجلس وهو :
http://www.e-cfr.org/index.shtml/article.php?sid=١١٤ . وأشير هنا إلى أن المجلس المذكور يركز على أبحاث تعد في هذه القضايا وقد قدمت عدة بحوث في ذلك وأجل النظر فيها إلى دورة المجلس التي ستعقد في نهاية عام ٢٠٠٥م كما ورد في موقعهم المشار اليه .

يمكن القول بقبولها أو إلزام الزوجين بها ديانة وعليهما أن يلتزما بالحكم الشرعي في ذلك ويبحثا عن الوسيلة الشرعية لحل الخلاف بينهما .

كما ينبغي أن يلاحظ المجال الفقهي المتعدد في ما يسمى النظام الشرعي العام وذلك في الحالات التي ينص فيها الفقهاء على الحرمة فهي حالات في بعضها خاضعة للاجتهاد وغير متفق عليها بين الفقهاء ويمكن من خلال ذلك الاختلاف الفقهي التوصل إلى فتوى من أهل الاختصاص المطلعين على أحوال الجاليات المسلمة في المجتمعات غير المسلمة تتضمن الفتوى اختيارات فقهية تناسب أحوال أولئك المسلمين مراعية النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء في تفسيرها وتعليلها .

ولكن يخشى أن نصل إلى مرحلة من تقرير الواقع الموجود من خلال إيجاد أحكام وفتاوى تخرج في بعض الأحيان عن ما هو متفق عليه بين العلماء في اجتهادات جديدة قد تكون بحاجة إلى رأي جماعي لما يترتب عليها من آثار عامة وأضرب لذلك مثالا :

اتفق الفقهاء على أن بقاء المسلمة تحت زوج غير مسلم أمر غير مشروع ولا بد من التفريق بين المسلمة وزوجها غير المسلم ، وقد واجهت هذه المسألة المسلمين وغير المسلمين في الخارج وذلك في حالات إسلام المرأة ورفض الزوج الإسلام مع استقرار حال الطرفين ووجود أولاد عندهما وأملاك مشتركة مما حدا بهم إلى السؤال عن إمكانية أن تبقى المرأة مع زوجها حتى لا يشكل ذلك عائقا أمام انتشار الإسلام بين النساء وقد عرضت هذه المسألة على المجلس الأوروبي للإفتاء وقدمت عدة بحوث شرعية في ذلك من قبل مجموعة من العلماء نشرت مجموعها في مجلة المجلس في العدد الثاني [١] وكان البحث الأميز من حيث الرأي المطروح فيه هو بحث الدكتور عبدالله الجديع بعنوان إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه[٢] قد دون في خاتمة البحث النتائج التي توصل إليها ،نه ليس في المسألة نص قاطع ، وليس فيها إجماع ، وأن مجرد اختلاف الدين الطارئ على العقد الصحيح لا يبطل العقد بيقين لعدم النص على ذلك ولوجود الخلاف ، وأن إبطال العقد بين الزوجين لا يقع بمجرد الإسلام ، وانه لم يأت في سنة عملية واحدة أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين امرأة وزوجها لإسلام أحدهما وبقاء الآخر كافرا غير محارب ، وأن اختلاف الدين سبب لجواز التفريق وليس لإيجابه[٣] .

---

[١]- صادر في كانون الثاني ٢٠٠٣م ذو القعدة ١٤٢٣هـ .
[٢]- جاء البحث في المجلة المذكورة صفحة ١١٣ إلى صفحة ٢٠٦.
[٣]- انظر خاتمة بحث الدكتور عبدالله الجديع في المجلة ذاتها صفحة ١٩٥ .

وقد أصدر المجلس الأوروبي للإفتاء في بيانه الختامي للدورة العادية الثامنة قرارا في هذه المسألة بعد الاطلاع على البحوث المقدمة والمنشورة في مجلة المجلس كما يلي[1] :

إذا أسلمت الزوجة وبقي الزوج على دينه فإن كان إسلامها قبل الدخول بها فتجب الفرقة حالا ، وإذا كان إسلامها بعد الدخول وانقضت العدة فلها أن تنتظر إسلامه ولو طالت المدة فإن أسلم فهما على نكاحهما الأول دون حاجة إلى تجديد له .

وإذا اختارت الزوجة نكاح غير زوجها بعد انقضاء العدة فيلزمها طلب فسخ النكاح عن طريق القضاء .

(ولا يجوز للزوجة عند المذاهب الأربعة بعد انقضاء عدتها البقاء عند زوجها أو تمكينه من نفسها ، ويرى بعض العلماء أنه يجوز لها أن تمكث مع زوجها بكامل الحقوق والواجبات الزوجية إذا كان لا يضيرها في دينها وتطمع في إسلامه ، وذلك لعدم تنفير النساء من الدخول في الإسلام إذا علمن أنهن سيفارقن أزواجهن ويتركن أسرهن ، ويستندون في ذلك إلى قضاء عمر رضي الله عنه في تخيير المرأة في الحيرة التي أسلمت ولم يسلم زوجها (إن شاءت فارقته وإن شاءت قرت عنده) وهي رواية ثابتة عن يزيد بن عبدالله الخطمي ، كما يستندون إلى رأي علي رضي الله عنه إذا أسلمت النصرانية امرأة اليهودي أو النصراني كان أحق ببضعها لأن له عهدا ، وهي رواية ثابتة ، وثبت مثل هذا القول عن إبراهيم النخعي والشعبي و حماد بن أبي سليمان .)[2]

وبعد فهذا مثال سقته لتوضيح ما قد يمكن أن نجده من اجتهادات مختلفة حتى في القضايا التي يظن أنها لا تقبل مجالا للنظر والاجتهاد وأنها من المسلمات في قضايا الحل والحرمة في الأبضاع ليؤخذ بعين الاعتبار عند تقرير المسائل

وهذا الرأي أقوله من باب الاتباع قدر الحاجة ، وإن كان الأصل أن يطالب المسلمون أن يحتكموا في أحوالهم الشخصية في البلاد غير الإسلامية إلى محاكم إسلامية تنشأ هناك ويعترف بها قانونا عملا بمبادئ الحرية في الاعتقاد ، وأسوة بما عليه العمل في الدول الإسلامية من إعطاء حق التقاضي لغير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية إلى محاكم دينية معترف بها وأحكامها واجبة النفاذ وتطبق أحكام دينهم كما يعتقدون ، وهذه المطالبات تنسجم مع ما يدعون اليه في دولهم من حرية الاعتقاد والتدين .

---

[1]- القرار رقم ٨/٣ صادر في الدورة العادية الثامنة بتاريخ ٢٢/يوليو /٢٠٠١م .ومنشور في مجلة المجلس العدد الثاني ص ٤٤٥ .

[2]- نص الفقرة الأخيرة من القرار .ص٤٤٦ .

المبحث الثاني

التحكيم

تقديم

إن التحكيم طريقة من طرق إنهاء النزاع المعروفة قديما وحديثا ، والتي يلجأ لها الناس في قضايا متعددة و لأسباب متنوعة ، و إنني في هذه السطور سأعمل على تسليط الضوء على بعض عناصر هذا الموضوع ذات العلاقة بقضايا التفريق ، ووفق هذا التحديد فسأعرض التحكيم في المطالب التالية :

أولا : في تعريف التحكيم وطريقة تعيين مرجعه.

ثانيا : علاقة التحكيم بالقضاء .

ثالثا : مجال التحكيم في مسائل التفريق .

المطلب الأول

تعريف التحكيم وطريقة تعيين مرجعه

الفرع الأول

تعريف التحكيم

التحكيم لغة[١] :

التحكيم لغة من كلمة أصلها حكم ، والتحكيم مصدر للفعل حكم ، وقيل حكمه في ماله تحكيما إذا جعل اليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك ، والحكم في اللغة كذلك بمعنى القضاء ، ويأتي بمعنى المنع ، قيل حكمت الرجل تحكيما إذا منعته عما يريد ، ولعل المعنى الأقرب في معاجم اللغة للمعنى الذي نريد هو جعل الحكم إلى جهة ما بمعنى تحكيمها ، وكذلك المنع ومنه المنع من الخصومة .

التحكيم اصطلاحا :

عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم بأنه اتخاذ الخصمين شخصا آخر برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما[٢] ، والتحكيم تدور فكرته على أشياء هي :

١- اتفاق وتراض من قبل الخصوم على الجهة الحاكمة .

٢- جهة حاكمة .

---

[١]- مختار الصحاح : مادة حكم ، الخطابي ، الغريب ج٢ص٤٦٢ .
[٢]- مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٩٧٠)

٣- موضوع التحكيم ، وهو الخصومة في موضوع ومجال ما .

٤- نتيجة التحكيم وهو الحكم الصادر من الجهة المحكمة المنهي للخصومة المعروضة .

و إن أي تعريف يشمل هذه الأركان فإنه يفي بالغرض المراد ،حيث التدقيق اللفظي في التعريفات ليس مرادنا في هذا الأمر .

وقد عرفه د. إبراهيم حرب محيسن قائلا : (هو تولية الخصمين حكما بينهما للحكم فيما تنازعا فيه)[١] .

والفقهاء قديما عرفوا التحكيم بمفهومه اكثر من تعريفه بحده فنجدهم ذكروا في بداية أبواب التحكيم ما مثاله : (فلو حكم اثنان فأكثر بينهما شخصا صالحا للقضاء نفذ حكمه)[٢]

الفرع الثاني

طريقة تعيين المحكم

المحكم له طريقان في التعيين :

الطريقة الأولى : أن يختار الطرفان المتنازعان المحكم بكامل رضاهما سواء كان فردا أو أشخاصاً متعددين ، وبعد اختيارهما له يعطى صفة الحكم ، ويباشر مهام عمله في حل الخصومة بينهما وهذا التعيين هو المشهور في باب التحكيم .

الطريقة الأخرى : أن يختار القاضي أو الحاكم الحكم ويرسل الخصومة له ، وهذا وان كان اسمه حكما إلا انه بهذه الصفة يأخذ صفة التولية الرسمية ممن له التولية إن كان مأذونا فيها، وهو بهذا يكون منابا عن القاضي أو الإمام الذي ولاه .

والمعنى المراد من التحكيم في اصطلاح الفقهاء هو الأول لانهم لما عرفوه ذكروا أن شرطه تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما ، ومعنى التولية أن يستمد الحكم سلطته في الفصل بين الخصمين منهما ، ولذا فانه لا بد من وجود هذه التولية ابتداءً ، ثم تحقق القبول من قبل الحكم ثانياً ، فالرضا عنصر متبادل بين الأطراف ثلاثتهما[٣].

---

[١]- محيسن ، طبيعة الدفع بالتحكيم ، ص١٢ .

[٢]- ابن ضويان ، منار السبيل :ج٢ص٤٠٧ ، البهوتي ، الروض المربع : ص٧٠٦ .

[٣]- الدوري ، عقد التحكيم : ص ١١٢ .

المطلب الثاني

مجال التحكيم في مسائل التفريق

الفرع الأول : مجال التحكيم في الفقه

تعددت أقوال الفقهاء في جواز عرض الخصوم مسائل التفريق على غير القضاء من المحكمين على النحو الآتي :

القول الأول : يجوز نظر المحكمين في مسائل التفريق بين الزوجين ، واثبات الطلاق وحكمها في ذلك كحكمهما في غيره من الأمور التي يجوز فيها التحكيم .
وقال بذلك من أهل العلم كل من الحنفية[١] و الشافعية[٢] والحنابلة[٣] .

ومن أمثلة ما ذكر الحنفية ، حكم المحكم في الطلاق المضاف فإنه ينفذ عندهم ، لكن لا يفتى به ، وذكروا مثالا على ذلك لو قال رجل لامرأته أنت علي حرام ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين ، فحكم أحدهما بأنها بائن ، وحكم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز لأنهما لم يجتمعا على أمر واحد[٤] .

والاستدلال من هذا النص الفقهي في موضوعه الذي خاض في مسألة من مسائل الطلاق .
و ضربوا مثالاً آخر في من مس صهرته بشهوة فانتشر لها ، فحكم الزوجان رجلا ليحكم بينهما بالحل على مذهب الشافعي فإنه يصير حكما بينهما ، لكن الصحيح عندهم أن حكم المحكم في مثل هذه لا ينفذ[٥] .

القول الثاني : لا يجوز نظر المحكمين في مسائل التفريق أصالة ، وذهب إلى هذا الرأي من أهل العلم المالكية[٦] ، أما التحكيم في الشقاق بين الزوجين فان الأصل فيه أنه تحكيم في الصلح لا بالطلاق أصالة .

الفرع الثاني : مجال التحكيم في القانون الأردني

التقنين الأردني بشقيه الشرعي والمدني اعتمد من حيث المبدأ التحكيم وسيلة من وسائل فض النزاع بين الأطراف المختلفة وهناك قانون خاص للتحكيم ولكنه مقتصر على المسائل الحقوقية

١- ابن الهمام ، فتح القدير : ج٧ص٣١٨ .
٢- الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ص٣٧٨ .
٣- المرداوي ، الانصاف :ج١١ص١٩٧ .
٤- ابن نجيم ، البحر الرائق :ج٧ص٢٦ .
٥- المرجع السابق .
٦- الدسوقي ، حاشية الدسوقي : ج٢ص٣٤٦ .

التي يجوز فيها الصلح [١] ، وأما ما يتعلق بموضوع الدراسة وهي قوانين الأحوال الشخصية فقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على التحكيم في حالتين :

الحالة الأولى : حالة التفريق للشقاق والنزاع [٢] ولكن الصفة التحكيمية هنا تختلف عن التحكيم الفقهي المتعارف عليه وهي أقرب إلى التولية القضائية منها إلى التحكيم ، لأن القاضي هو الذي يعين الحكمين دون أن يكون للزوجين رأي في ذلك أو قرار باستثناء أن يتحرى القاضي في تعيين الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين ، كما أن الحكمين عملهما مقتصر على مسائل محددة في قضايا التفريق للشقاق والنزاع ولا يباشران عملهما إلا بعد ثبوت الدعوى بالشقاق لدى القاضي ويعملان على المصالحة ما استطاعا أو التفريق على الشروط التي يريانها كما أنهما يقومان بتحديد نسبة إساءة كل من الزوجين للآخر ويصدران القرار بالتفريق بطلقة بائنة بعد ذلك ، وقرارهما هذا لا بد وأن يتم اعتماده من قبل القاضي ويصدر به حكم ليصبح نافذا وبعد أن يصدق من محكمة الاستئناف الشرعية ، ولذا فإن مجرد قرار الحكمين ليس له تلك الحجية ما لم يؤيد بحكم القاضي مع أن القاضي بحسب نص القانون لا يملك مخالفته إذا كان صادرا حسب الأصول ، واشترط القانون اتفاق الحكمين على القرار وفي حال الاختلاف يضيف القاضي إليهما ثالثا ليرجح رأي أحدهما دون أن يعيد الإجراءات المتخذة بحضورهما سابقا .

والملحظ الآخر أن حكم المحكمين هنا لا يعتبر ملزما واجب التنفيذ على الطرفين ولو صدر موافقا للأصول حيث يملك المدعي إسقاط الدعوى قبل صدور حكم القاضي باعتماد قرار الحكمين والحكم بمضمونه .

لكل ذلك فلا أرى أن هذه الحالة تنطبق على ما أراده الفقهاء من التحكيم ، ولعل هذه الحالة حالة تحكيمية خاصة لورود النص فيها في قوله تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً) (النساء:٣٥) .

الحالة الثانية: التحكيم في التفريق للخلع بعد الدخول[٣] حيث اشترط القانون بعث حكمين ولكن الاسم هنا لا يشير إلى حقيقة المهمة الموكلة إليهما حيث نصت المادة عليها وهي موالاة مساعي الصلح بين الزوجين كما أن هذين الحكمين القاضي هو من يعينهما وليس الزوج والزوجة .

---

[١] - انظر قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المادة رقم (٩) .
[٢] - المادة ١٣٢ من القانون وفيها تفصيل لما أذكره حولها .
[٣] - المادة ١٢٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

والقانون بذلك سار مع الإطار العام القانوني في الدولة وفي التشريعات الأخرى التي تتجه إلى اعتبار الحالة الشخصية للإنسان حالة خارج إطار الاتفاقات التحكيمية[1] لخصوصيتها وارتباطها بقضايا النظام العام التي لا بد وان تبقى منضبطة داخل إطار الجهاز القضائي ليفرض عليها رقابة قانونية و إجرائية مباشرة لتعدد آثارها على النسب والنسل والأسرة بشكل عام .

المطلب الثالث

علاقة التحكيم بالقضاء

هذا المطلب مهم في باب التحكيم في هذه الدراسة وذلك لأن موضوع الدراسة هو التفريق القضائي بين الزوجين ، و إدخال التحكيم في هذه الدراسة لا بد فيه من بيان نوع العلاقة بين التحكيم والتفريق القضائي .

وللإلمام بهذه العلاقة سنبحث الأمر من الجهات التالية :

الجهة الأولى : التكييف الفقهي والقانوني الخاص بالتحكيم نسبة إلى القضاء

الجهة الثانية : صفة الأحكام الصادرة عن المحكمين

الجهة الثالثة : تنفيذ أحكام الصادرة عن المحكمين .

الجهة الأولى : التكييف الفقهي والقانوني للتحكيم

إن الناظر المدقق في طبيعة التحكيم ومفهومه لدى الفقهاء يلحظ أن الفقهاء جعلوه بمنزلة تولية الحاكم للقاضي ، وهي من باب الولايات إلا أنها ولاية خاصة في خصومة معينه بين خصوم محددين ، قال الطحاوي عن الحكم (هو بمنزلة القاضي)[2] ، وقال ابن الهمام (هذا أيضا من فروع القضاء) [3] يعني بذلك التحكيم ، (والمحكم أحط رتبة من القاضي)[4]، وقال: (لكل واحد من الحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما ، لأنه مقلد من جهتهما إذ هما المموليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم)[5] .

وقال الشربيني (والمحكم لا ينفذ حكمه إلا على راض به قبل حكمه ، لأن رضا الخصمين هو المثبت للولاية)[6] ، وقال البهوتي: (وان تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم....فهو كحاكم الإمام)[7] .

---

[1]- مولوي ، التحكيم الشرعي في بلاد الغرب / بحث منشور في مجلة المجلس الأوروبي للإفتاء ص(١٩٥).العدد الثالث

[2]- الطحاوي ، مختصر اختلاف العلماء : ج٤ص٢٠٤ .

[3]- ابن الهمام ، فتح القدير : ج٧ص٣١٥ .

[4]- المرجع السابق .

[5]- المرجع السابق : ج٧ص٣١٧ .

[6]- الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ص٣٧٩.

[7]- البهوتي ، كشاف القناع : ج٦ ص٣٠٨ .

وهذا التكييف هو من جهة الخصمين للمحكم فانه تولية من قبلهما في شأن يخــصـهما ، فلا بد من رضاهما بذلك ثم قبول من الآخر ، والتحكيم كما يرى الدكتور قحطان الدوري هــو عقد بين المتخاصمين والمحكم يحتاج إلى إيجاب منهما وقبول منه وهو عقد له ســائر أحكــام العقود من الشروط الخاصة والعامة [١].

ولكن ما صفة هذا العقد من جهة ارتباطه بين المتخاصمين والمحكم ،هل هو عقد لازم للطرفين أم غير لازم ؟، إن الجاري على قواعد الفقهاء في تولية الإمام للقاضي أن له عزلــه قبل تمام الحكم [٢] ،والمحكم له نفس الحكم من هذه الناحية عندهم ، لان ذلك في حق المحكــم يعتبر من باب التعيين له ،وهو توكيل من قبلهما له ، لكن تبقى مسألة معالجة النفقات التي يكون قد تكبدها الحكم في إجراءات التحكيم .

أما صفة التحكيم بين الطرفين المتخاصمين فما حكم لزومه بينهما ؟ لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال :

القول الأول :

إن عقد التحكيم لازم للطرفين من جهة و المحكم من جهة أخرى وذلك إذا بدأ بــالحكم أي في حال انتهاء عملية التحكيم والبدء بالنطق بالحكم فمتى ما بدأ بالنطق بالحكم كان لازما لا يجوز للخصمين الرجوع فيه ولو اتفقا على ذلك .

وذهب إلى هذا القول الحنفية[٣] .

القول الثاني :

عقد التحكيم لازم للطرفين إذا أتم المحكم الحكم ، وقبل ذلك لا يلزم ، واستدامة الرضا بالتحكيم إلى تمام الحكم يعتبر من الشروط الواجب توفرها .

وذهب إلى هذا القول الشافعية[٤] و هو وجه عند الحنابلة[٥] .

القول الثالث :

عقد التحكيم لازم للطرفين إذا شرع المحكم في عملية التحكيم ، وقبل ذلــك لا يلــزم ، وذلك قياساً على التوكيل بعد التصرف فيما وكل الوكيل به .

وذهب إلى هذا القول المالكية في الراجح عندهم[٦] و الحنابلة [٧].

١- الدوري ، عقد التحكيم : ص ١١٣ .
٢- الدردير في الشرح الكبير: ج٤ ص١٣٤ .
٣- الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٧ص٣ .ابن الهمام ، فتح القدير : ج٧ص٣١٧ .
٤- الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ص٣٧٩.
٥- المرداوي ، الإنصاف :ج١١ص١٩٩ .
٦- الشرح الكبير ، الدردير : ج٤ ص١٤١ .
٧- المرجع السابق ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٦ ص٣٠٩ .

و بعد استعراض الخلاف المذكور نحتاج إلى معرفة التكييف الفقهي للتحكيم فيما بين الطرفين المتخاصمين نفسيهما ، فهل اتفاقهما على عملية التحكيم وموضوعه واختيار الحكم يأخذ حكم العقد بينهما؟ أم هو اتفاق غير لازم لهما ؟ .

إن الفقهاء لم يتوسعوا كثيرا في تفصيل هذا الأمر بل أطلقوا الحديث في الأمر حال اتفاق الطرفين على تولية الحكم بعد حدوث النزاع ، والبحث عن حل له ، أما قبل ذلك فلم يبحثه الفقهاء ، بينما نجد في الفقه الحديث الاتجاه إلى بحث مسألة إنشاء عقد للتحكيم أو الاتفاق عليه عند إجراء عقد من العقود التي يحتمل أن يحدث فيها النزاع مستقبلاً ، فيلجأ الطرفان إلى الاتفاق على طريقة حل أي نزاع مستقبلي بواسطة الاتفاق على إحالة النزاع إلى محكمين وليس إلى القضاء ، وقد يقومان بالاتفاق على المرجع القانوني للتحكيم وهذا يحتاج إلى بحث فقهي في مدى إلزامية مثل هذا الاتفاق، وهل يمكن اعتباره شرطا من شروط العقد ؟وما مدى صحة الشرط ؟ وما مدى تأثيره على العقد الأصلي ؟ ، وهل هذا الاتفاق يبطل حق الطرفين باللجوء إلى القضاء؟.

ولعل التفسير الفقهي للتحكيم لدى الفقهاء كما ذكرناه في الخلاف السابق والاتفاق على جواز الرجوع عن التحكيم قبل الشروع فيه ، يجعل أي اتفاق تحكيمي غير إلزامي ، ولا يصل هذا الاتفاق إلى درجة العقد الملزم عندهم ، وهذا نظر منهم لاتفاق التحكيم على حدة دون نظر إلى ارتباطه بعقد آخر ، أو بجعله على شكل شرط من شروط العقد ، خاصة إذا علمنا أن الفقهاء باستثناء الحنابلة لا يتوسعون في قبول الشروط في العقود . وهو عند الجميع بمثابة التوكيل قبل التصرف ويتفقون على أنه لازم بعد الحكم ، وقد اعتبر الفقهاء حكم المحكم بمثابة عقد صلح بين الطرفين لا يجوز لأحدهما الرجوع عنه .

وهناك اتجاه حديث يستند إلى أصل الشروط عند الحنابلة يجعل من الشرط التحكيمي في عقد من العقود شرطاً صحيحاً ملزماً للطرفين ما لم يحل حراما أو يحرم حلالا [1].

الجهة الثانية : حكم المحكم

الحكم الذي يصدره المحكم في النزاع المعروض عليه يستند إلى تولية الخصمين له في النزاع ، ونريد في هذه السطور بيان العلاقة بين حكم المحكم وحكم القاضي وهل يأخذ حكم المحكم صفة قضائية من نوع ما أو لا ؟

---

[1]- الأحدب ، عبد الحميد ،التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي منشور في مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة /لبنان ص١٥٢ و ١٥٦ وما بعدها .

لقد تطرق الفقهاء إلى هذا الأمر من خلال أمور مثل لزوم حكم المحكم وجواز نقـض حكمه وهل يحتاج تنفيذه إلى حكم قضائي أم لا ؟ و تشير أقوال الفقهاء[١] إلى أن حكم المحكـم يحتاج لإمضائه إلى قرار قضائي تنفيذي في الجملة ، وذلك لعدم وجود ولاية عامة أو سـلطة لدى المحكم لإنفاذ ما حكم به مع أن القرار الصادر من المحكم له اعتبار عند الفقهاء ، وهـذا الاعتبار هو الذي أدى إلى وجود الخلاف في مدى إلزام حكم المحكم للقاضـي حـال طلـب الخصوم من القاضي النظر في الخصومة مجدداً من حيث الموضوع ، و الخلاف في المسألة دائر في الآراء التالية :

القول الأول :

ليس للقاضي نقض حكم المحكم ولا إبطاله إلا أن يكون خطأ بينا ما لم يقيد المحكـم بمـذهب معين، فإذا خالف المذهب الذي قيد به لم يكن قراره ملزما ، وان لم يقيد يحكم بما يـرى مـن أقوال أهل العلم ما لم يكن جورا بينا لم يحكم به أحد ، و ليس لواحد من الخصمين الرجوع عن الحكم قبل رفعه إلى القاضي ، واستدل أصحاب هذا القول بالقياس على حكم القاضي[٢] .

وقد ذهب إلى هذا القول المالكية [٣] ، وقد أعطوا حكم المحكم صفة حكم القاضي مـن حيث الحجية ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] .

القول الثاني :

حكم المحكم لا يجوز نقضه ولو تم الترافع أمام القضاء ، إلا أن يكون المحكم خـالف الحق كما يراه القاضي عنده و لا يتقيد القاضي عندئذ بما ذهب اليه المحكم أو بما اختاره مـن أقوال أهل العلم واجتهاداتهم ، وفي هذه الحالة ينقض الحكم ،ويحكم في المسألة وفـق قانونـه وذلك على وجه الجواز لا الوجوب ، وذهب إلى هذا القول الحنفية[٦] .

وقد ذهب الحنفية إلى ابعد من ذلك في إجازة نقض حكم المحكم من قبل محكـم آخـر كذلك ، ودليلهم في الإبطال أن المحكم لا ولاية عامة لـه ، وبالتـالي فـإن حكمـه لا يلـزم القاضي[٧].

---

[١]- ابن نجيم ، البحر الرائق : ج٧ ص ٢٧ .
[٢]- الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ص٣٧٩ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٦ ص٣٠٩ .
[٣]- الحطاب : مواهب الجليل : ج٦ص١١٢ .
[٤]- الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤ص٣٧٩.
[٥]- البهوتي ، كشاف القناع : ج٦ ص٣٠٩ .
[٦]- الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٧ص٣ .ابن الهمام ، فتح القدير : ج٧ص٣١٧ .
[٧]- ابن نجيم ، البحر الرائق :ج٧ص٢٧ .

القول الثالث

ملخص هذا لبقول أن لكل واحد من الخصمين أن يبطل الحكم قبل التنفيذ ، ولذا يشترط الرضا بالحكم ما لم ينفذ وذلك لاستمرار لزومه للخصمين ، وهذا لا يعطي حكم المحكم قبل تنفيذه أي اعتبار ، وهذا الرأي منقول عن ابن شبرمة[١] .

وعلى الأقوال جميعها فإن حكم المحكم إذا اتصل بقضاء القاضي يكتسب قوة إلى قوته، ويصبح حكما قضائيا باتفاق ، لا ينقض إلا بما تنقض به الأحكام القضائية .

ويلاحظ أن قول الجمهور هو الأقرب إلى القواعد الداعية إلى اللزوم في حكم المحكمين للخصمين إذا صدر ، وبهذا اللزوم يأخذ صفة اعتبارية لا يجوز نقضها ما لم يكن في الحكم مخالفة واضحة مما يمكن أن يبطل بها الحكم القضائي ذاته . حيث لا يعقل أن يكون حكم المحكم في درجة أعلى من حكم القاضي .

وعلى التصوير الفقهي لحكم المحكم انه حكم بالصلح بين الأطراف فان الصلح إذا تم بين الأطراف لزمهما ما لم يكن فيه إثما[٢] .

كما أن هذا مبني على قاعدة هامة وهي أن الحكم يرفع الخلاف في المسألة المتنازع فيها وحيث أن الجمهور أعطوا حكم المحكم هذه الصفة فقد رفع الخلاف عندهم بحيث لا يجوز نقضه بناء على اجتهاد جديد [٣] .

وهذا ما لم يقبل به الحنفية الذين لم يلزموا القاضي صاحب الولاية العامة باجتهاد من هو أدنى منه ولاية ، ولعل الحنفية من حرصهم على مذهبهم وأحكامه لم يسعهم قبول أحكام غيرهم ، وخاصة في المسائل المختلف فيها ، وقد بدا هذا واضحا في بعض النقولات عنهم، فقد أورد صاحب الفتح جواز استفتاء شافعي أو مالكي في مسائل خلافية كحكمين فيها من حيث المبدأ ، لكن استدرك ذلك وقال : ولا يفتى به من خشية تجاسر العوام على هدم المذهب[٤].

١- الطحاوي ، مختصر اختلاف الفقهاء :ج٤ص٢٠٣ .
٢- الكاساني ، البدائع : ج٦ ص٥٣ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية :ص ٢٢٢ ،
٣- ابن ضويان ، منار السبيل : ج٢ص٤٠٧ .
٤- ابن الهمام ، فتح القدير :ج ٧ص٣١٩ .

الفصل الرابع

الحكم الصادر بالتفريق

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الحكم الصادر بالتفريق ، وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : أنواع الفرقة الصادرة

المطلب الثاني : مناهج الفقهاء في اختيار نوع الفرقة لكل حالة من حالاتها.

المطلب الثالث : اختيارات قوانين الأحوال الشخصية

المطلب الرابع : الرأي المختار.

المبحث الثاني : الآثار المترتبة على اختلاف ماهية الحكم الصادر بالتفريق

المطلب الأول : حق الرجعة .

المطلب الثاني : احتساب عدد الطلقات

المطلب الثالث : الحقوق المالية التابعة للعقد .

المبحث الثالث: مقتضى الحكم بالتفريق وموجبه ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف بالمقتضى والموجب والفرق بينهما

المطلب الثاني: مقتضى الحكم بالتفريق

المطلب الثالث: موجب الحكم بالتفريق

الفصل الرابع

الحكم الصادر بالتفريق

الحكم القضائي هو (ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه فاصلا في الخصومة متضمنا إلزام المحكوم عليه بفعل أو الامتناع عن فعل أو إيقاع عقوبة على مستحقها أو تقرير معنى في محل قابل له)[١] ، فحكم التفريق الصادر عن القاضي يتضمن الفصل في الخصومة وتقرير معنى في محل قابل له، وهذا إلى حد ما يشبه الطلاق الصادر عن الزوج بجامع رفع حكم العقد كله أو بعضه ، وإن هذا الحكم بحد ذاته له ماهية معينة واختلاف الماهية يترتب عليه آثار تختص بأطرافه، وقد خصصت هذا الفصل للبحث في هذه القضايا وجعلته في ثلاثة مباحث كما يلي :

المبحث الأول

ماهية الحكم الصادر بالتفريق

الماهية هي حقيقة الشيء ، و الحكم هو ثمرة العملية القضائية في دعوى التفريق ، والحكم المتضمن التفريق بين المرأة وزوجها أو المتضمن ثبوت الفرقة بينهما لا بد وان ينص في متنه على نوع هذه الفرقة التي قررها القاضي وعلى حقيقتها وذلك أن الفرقة أنواع ، وهذا المبحث مخصص لتحديد تلك الأنواع وسبب اختيار القاضي لكل نوع منها.

إن تحديد الفرقة بعد تكييف ماهيتها أمر ضروري لما يترتب عليه من أحكام وآثار مختلفة بين الزوجين ، والقسمة الرئيسة في الفرقة ثنائية فهي إما أن تكون فرقة فسخ أو فرقة طلاق وفرقة الطلاق كذلك تتفرع إلى فرعين الأول طلاق رجعي والثاني طلاق بائن ، وفي هذا المبحث سنتعرض للنوعين بالتوضيح والتفريق من حيث الماهية والحقيقة وسنترك الحديث في الأحكام والآثار المترتبة على كل واحد منهما للمبحث الثاني إن شاء الله .

---

[١]- أبو البصل ، نظرية الحكم القضائي : ص ٥٢ .

المطلب الأول

أنواع الفرقة

كما وضحت في مقدمة المبحث فان الفرقة نوعان رئيسان فرقة فسخ وفرق طلاق وهناك نوع ثالث وهي فرقة الموت وبيانها على النحو الآتي:

النوع الأول : الفرقة بفسخ عقد النكاح

أولا:معنى الفسخ لغة واصطلاحا

الفسخ لغة

الفسخ لغة هو النقض والقطع ، يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقضه ، وأصله في اللغة زوال المفصل عن موضعه ، وفسخ الشيء فرقه ، وفسخت ثوبي عني إذا طرحته [1].

الفسخ اصطلاحا

ونعني بالاصطلاح هنا الفسخ لعقد النكاح دون غيره من العقود ؛

عند البحث عن المعنى الاصطلاحي لفسخ عقد النكاح عند الفقهاء فإننا لا نكاد نجد في مؤلفاتهم حدا واضحا لمصطلح الفسخ ، حيث لم يعرفه الكثير منهم كما فعلوا في سائر المصطلحات الفقهية والتي اعتدنا أن نجد التفصيل فيها في كثير من تلك المؤلفات ، ومع ذلك فإن الفقهاء في موضوع الفسخ نراهم قد انقسموا قسمين :

الأول : لا يذكر للفسخ معنى محددا و إنما يكتفي بذكره وذكر أحكام الأمر المفسوخ وآثار الفسخ فيه باعتبار أن الفسخ ليس إلا معنى مفهوما متداولا بينهم لا يحتاج إلى بيان[2] وكأنهم في الغالب كانوا يريدون المعنى الأقرب إلى المعنى اللغوي للكلمة.

الآخر: آثر أن يثبت للفسخ معنى ولكن في أثناء استعراضه للفروع التي تستخدم فيها كلمة الفسخ كالعقود بمختلف أنواعها وليس في باب فسخ النكاح تحديدا .

أما الأصوليون فقد افرد بعضهم قسما خاصا للحديث عن الفسخ وتأصيله وذكر أنواعه وأحكامه، ولذا فنحن نحتاج للوصول إلى المعنى الاصطلاحي لفسخ عقد النكاح إلى أن نستعرض بعض ما أورده الفقهاء والأصوليون من معان للفسخ في كتبهم في مختلف الأبواب لنصوغ بعد ذلك معنى الفسخ كما يلي :

---

[1]- مختار الصحاح : مادة فسخ .ج١،ص٢١١ .

[2]- الزركشي ، المنثور :ج ٣ ص ٤٧ .

أولا : أورد الكاساني في أثناء حديثه عن أحكام العقود معنى للفسخ حيث قال : (والفسخ رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم يكن) [١] وكذلك عند حديثه عن أحكام كيفية الرد والفسخ بالعيب في المبيع بعد ثبوت العيب أثبت القول نفسه.

وعند حديثه عن الإقالة قال: الإقالة فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة لانه فسخ ذلك العقد [٢].

ثانيا : أما الشافعية فإن الغزالي قد أفرد فصلا كاملا لبيان حقيقة الرد و الفسخ في كتابه الوسيط حيث قال : (وهو عندنا – أي الفسخ _ رفع للعقد من وقته ولذلك لم يمتنع الرد بالعيب بالزوائد المنفصلة) [٣] وأراد بقوله من وقته أي وقت الفسخ حيث أردف كلامه السابق بالقول وقال أبو حنيفة رحمه الله هو رفع للعقد من أصله .

ثالثا : أما المرداوي فعند تحقيقه للفسخ بالإقالة أو خيار الشرط أو العيب قال :(فهل يرتفع العقد من حينه أو من أصله : قال القاضي في الإقالة في النماء المنفصل إذا قيل إنها فسخ يكون للمشتري فيحكم بأنها فسخ من حينه وهذا المذهب،وقال في مسألة الإجارة : فالمعروف في المذهب إن الإجارة لا تنفسخ إذا انفسخ ملك المؤجر وعاد إلى ما انتقل الملك اليه منه فالمعروف في المذهب أن الإجارة لا تنفسخ بذلك لان فسخ العقد رفع له من حينه لا من اصله.) وأضاف أن الشيخ تقي الدين – يعني ابن تيمية – قال (القياس أن الفسخ رفع للعقد من حينه كالرد بالعيب وسائر الفسوخ) [٤] .

لكن استشكل الضمير في قوله من حينه هل هو عائد على العقد أو الفسخ لأنه إن عاد على العقد كان الرفع من الأصل وإن عاد على الفسخ كان الرفع من تاريخ الفسخ، ونقل المرداوي عن ابن قدامة أنه قال في الإقالة في السلم أن الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله[٥].

من خلال ذلك يظهر أن أهل العلم قد اتفقوا على أن الفسخ هو رفع لحكم العقد وإن جرى الخلاف بينهم بعد ذلك في إسناد الفسخ إلى اصل العقد أو إلى وقت الفسخ ، وهذا يبين أن للفسخ معنى متفقا عليه وهو رفع حكم العقد ، وعليه فإننا يمكن أن نعرف فسخ عقد النكاح بأنه رفع لحكم عقد النكاح ، ونعني بحكم عقد النكاح ما يترتب على العقد من آثار بين المتعاقدين كالحل ووجوب النفقة والطاعة ، فإذا فسخ العقد ارتفعت هذه الأحكام ، أما الحكم بوقت ارتفاعها فيعود الفصل فيه إلى كل حالة بحسبها وذلك لعدم إمكان تعميم حكم واحد على

---

[١]– الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٥ص٢٨٢
[٢]– المرجع السابق :ج٥ص٣٠٧ ، ونحوه ابن نجيم ، البحر الرائق :ج٨ص٤٦٥.
[٣]– الغزالي ، الوسيط : ج٣،ص١٣٨ .
[٤]– المرداوي ، الإنصاف : ج٤،ص٤٨١ .
[٥]– المرداوي ، الإنصاف : ج٤،ص٤٨١ .

جميع الحالات وعلى جميع العقود لأن سبب الفسخ قد يكون طارئا علـى العقـد كـردة أحـد الزوجين ، وقد يكون مقارنا له كزواج المرأة من غير كفء لها دون موافقة وليهـا .ونعنـي بالرفع في التعريف الإزالة.

وأشير هنا إلى أن الخلاف المذكور في توقيت الفسخ قد لا يتوافق مع طبيعة عقد النكاح كما هو الحال في العقود الأخرى ، وما ذكرت من نقول هو لبيان المعنى الخاص للفسخ ، واستدلالا على ما ذكرت من عدم جريان الخلاف على النكاح فقد ذكر الغزالي أن الفسخ عنـد الـشافعية يرجع إلى أصل العقد كحكم عام ، بينما فصل الزركشي القول أن الشافعية لـم يجـروا هـذا الخلاف في فسخ النكاح مع أن القياس مجيئه في الفسخ للعيوب ، وأضاف أنـه لـيس المـراد بالفسخ من أصله أن يتبين عدم الوقوع ، بل المراد أن الشرع سلط العاقد على رفع أحكام العقد وجعله كأنه لم يكن ، ولا فرق في هذا المعنى بين النكاح والبيع ، وهذا الكلام يبين لنا أن مراد الأصوليين واضح في أن الفسخ لا يقصد به دائما عدم الانعقاد من الأصل ، ولذا فإنه لا ترادف بين الفسخ وعدم الانعقاد، بل المراد رفع الأحكام من الأصل أو من حين الفسخ .

النوع الثاني : الفرقة بالتطليق

وهي الفرقة بالحكم بتطليق الزوجة على زوجها ، وتم استخدام التطليق وليس الطـلاق لأن هذه الفرقة على الحقيقة ليست طلاقا لأن الطلاق هو ما يلفظه الزوج ، واستعير الأمر هنا لأن هذه الفرقة تأخذ من الأحكام ما يتشابه وأحكام الطلاق الذي يتلفظ به الزوج .

وهو تطليق اعتباري حكمي على الزوج كما سبق وأن بينته في الفصل الأول من هذه الدراسة وهو عند الفقهاء تصرف في عقد النكاح[١] .

النوع الثالث : الفرقة بالوفاة

وهي فرقة تمويت حكمي وليست وفاة حقيقية كما هو الحال في الحكم بموت المفقود وقد ذكرتها استقلالا لأثرها الخاص في العدة والمهر .

---

[١]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ص١٠٠

المطلب الثاني

مناهج الفقهاء في اختيار نوع الفرقة

إن للفقهاء مناهج متعددة في تحديد نوع الفرقة بين الزوجين بواسطة القضاء ، فمنهم من عدها فسخا ومنهم من عدها طلاقا ومنهم من جعل بعضها فسخا وبعضها طلاقا ، وان لكل من الفقهاء قواعده الخاصة في ذلك وهو ما سأذكره في هذا المطلب على النحو الآتي :

أولا : منهج الحنفية

القاعدة العامة عند الحنفية أن الأصل في الفرقة هي فرقة الطلاق فتجعل طلاقا ما أمكن[١] وأما تفصيل المذهب فقد رتب الحنفية منهجهم في تحديد نوع الفرقة بحسب منهجهم في حالات التفريق ، وقد خرجت بعدة قواعد عامة للحنفية في تحديد نوع الفرقة نتيجة استقراء آرائهم في الموضوعات ذات العلاقة وذلك على النحو الآتي:

القاعدة الأولى : في حال عدم لزوم العقد فإن الفرقة تكون فسخا لان الفرقة قبل تمام العقد عند الحنفية فسخ لأصل النكاح ولأن الفسخ قبل التمام في معنى الامتناع من الإتمام [٢] ، ولأن الطلاق عبارة عن تصرف في النكاح بعد تمامه والفسخ فسخ لأصل النكاح [٣] .

ويندرج تحت هذه القاعدة الحالات التالية :

التفريق لعدم الكفاءة و لعدم إتمام الزوج مهر المثل والتفريق لوجود غرر في صفة مشترطة في الزوجين عند العقد[٤].

القاعدة الثانية : يرى الحنفية أن العقد بعد تمامه لا يقبل الفسخ إلا بنص الشارع أو الإجماع أو برغبة الزوج وإرادته ، ولذا فانهم انطلقوا من اعتبار الطلاق حقا للزوج وهو مصدره فإذا كانت الفرقة سببها الزوج فتكون طلاقا و أقيم هنا السبب مكان صاحبه بحيث إن الزوج ما دام متسببا فان الأصل أن يؤمر بالطلاق وحيث تعنت فيفرق القاضي نيابة عنه [٥] وتكون الفرقة طلاقا بالنيابة الشرعية الحكمية عن الزوج وفي هذا إعمال للقاعدة أن الطلاق لا يملكه إلا الزوج أو نائبه[٦] ، قال ابن الهمام في الخلع : (وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح والأصل فيه كونها طلاقا لأنه هو المعهود ، والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه

---

[١]- الكاساني ، بدائع الصنائع: ج٢ص٣٣٧ .
[٢]- السرخسي ، المبسوط : ج٣ص٥٠٥
[٣]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ص١٠٠
[٤]-ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين :ج ٣ ص٧٢ .
[٥]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ص١٠٠ .
[٦]- الكاساني ، بدائع الصنائع: ج٢ص٣٣٦ .

دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لأن النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن إتمامه معنى)[١] .

والحالات التي يكون الزوج سببا فيها أو يؤمر وجوبا بالطلاق عند الحنفية هي :

١- الإيلاء ويقع الطلاق عندهم بمجرد مضي المدة فيكون الزوج بلفظ يمينه رتب على نفسه الطلاق بحكم الشرع كما يقولون[٢] في حال عدم رجوعه عن الإيلاء خلال المدة، ودور القضاء هنا التثبت من تحقق الإيلاء وشروطه وترتب آثاره .

٢- العيوب المخلة بمقصود النكاح ، والعيوب المعتبرة عند الحنفية هي الجب والعنة والخصا لأن الزوج فيها هو المتسبب في إخفاء العيوب هو المدلس على المرأة و هو المانع لها من إيفاء حقها الثابت لها بالعقد[٣] .

٣- اللعان لان الزوج يدعي فيه نفي نسب حمل زوجه أو يدعي زناها ، وحيث انه اتهم زوجه ولم يثبت عليها ذلك فلا تكون إقامتها معه إمساكاً بمعروف فيؤمر بالتسريح وجوبا[٤] عملا بنص الآية (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[٥] .

٤- إباء الزوج الإسلام حال إسلام الزوجة ، فإباؤه سبب لعدم الإمساك بمعروف كما]يأمر النص السابق فيتعين عليه التسريح إلا أن أبا يوسف خالف في ذلك وجعله فسخا[٦] .

٥- ردة الزوج عن الإسلام وهذه الفرقة فيها اختلاف في المذهب فهي عند محمد طلاق لأنه الأصل في الفرقة و لأن الزوج هو المتسبب وعندهما فسخ [٧] لانتفاء الحلية في المحل ولأن الردة من قبل الرجل بمنزلة الموت عند الحنفية .

القاعدة الثالثة : وتتعلق بأحكام الأنكحة الفاسدة من اصلها ، أي في حال مقارنة سبب الفساد نشوء العقد أو سبقه عليه ؛ فان الفرقة تكون في هذه الأحوال فسخا ، وذلك لان العقد وإن جرى شكلا لكنه شرعا وآثارا لا يعتبر نكاحا إلا من حيث الصورة والطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح ، ويضاف إليها الحالات التي يطرأ الفساد فيها على العقد بعد انعقاده كفعل الزوج ما يوجب حرمة المصاهرة [٨].

---

[١]-ابن الهمام ،شرح فتح القدير ج: ٤ ص: ٢١٤

[٢]- ابن الهمام ، شرح فتح القدير :ج٤ ص١٩٢.

[٣]- الكاساني ، بدائع الصنائع: ج٢ص٣٣٦ .

[٤]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ص١٦٩ .

[٥]- سورة البقرة الآية رقم (٢٢٩) .

[٦]- الكاساني ، بدائع الصنائع: ج٢ص٣٣٦ ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين : ج٣ص٧٢ .

[٧]- الكاساني ، بدائع الصنائع: ج٢ص٣٣٧

[٨]- الكاساني ، بدائع الصنائع: ج٢ص٣٤٠

القاعدة الرابعة : وتختص بالحالات التي تكون فيها المرأة سببا في الفرقة أو وليها .
وهذه الحالات الفرقة فيها فرقة فسخ لا طلاق وهذا من باب إعمال الأصل عند الحنفية ، لان المرأة لا تملك الطلاق ولا تملك طلب حل العقد بعد تمامه ولذا فان الفرقة إذا كانت ثابتة السبب بنص أو إجماع وكان السبب من المرأة فتكون فرقة فسخ لا طلاق لان المرأة لا تملك الطلاق ولا تصح النيابة الشرعية عنها في ذلك[1] ؛ حيث لا تتصور النيابة الحكمية عن الزوج هنا لإمكان اعتبارها طلاقا ، وهذه الحالات تعود إلى حالات عدم تمام العقد لانهم لا يجيزون للمرأة طلب النكاح بعد تمامه فمتى ما سمح لها الشرع بالاختيار بين الفرقة و إمضاء العقد فإن اختيارها الفرقة في هذه الحالات يكون فسخا للعقد ، وصاغ ابن عابدين ذلك على هيئة قاعدة قائلا: (الفرقة التي سببها الخيار تكون فسخا والعقد إذا فسخ يجعل كأنه لم يكن)[2] ، كما ذكر الموصلي في باب الكفاءة (وإذا تزوجت غير كفء فللولي أن يفرق بينهما دفعا للعار عنه....وهذا فسخ لأصل النكاح ولأن الفسخ إنما يكون طلاقا إذا فعله القاضي نيابة عن الزوج)[3].

ولقد اختص الحنفية بذكر نوع ثالث للفرقة غير الفسخ أوالتطليق أطلقوا عليه الرفع أي رفع عقد النكاح ، وبهذا النوع جعل بعض الحنفية القسمة ثلاثية طلاق وفسخ ورفع وهو تقسيم أشار اليه أكثر من واحد من محققي الحنفية لكن لم يرتضه الجميع ، خاصة وأن له نفس أحكام الفسخ إلا أن هذا الاصطلاح أطلقه من أطلقه من الحنفية كيلا تنتقض عليهم قاعدتهم في أن عقد النكاح بعد تمامه لا يقبل الفسخ ، فوجدت بعض الصور بعد تمام العقد واجبة الفسخ ولا يتصور اعتبارها طلاقا عندهم لاتفاقهم على أنها ليست كذلك ، فجعلها بعض فقهاء الحنفية من أنواع الفسخ استثناء ، بينما اعتبرها آخرون رفعا للنكاح وهو مصطلح استحدثوه حفاظا على عموم القاعدة فيما يعتبر طلاقا أو فسخاً [4] . نقل ابن نجيم عن بعض الحنفية قولهم : (النكاح بعد التمام لا يحتمل الفسخ فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار البلوغ والفرقة بخيار العتق والفرقة بعدم الكفاءة فسخ وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح،كالفرقة بملك أحد الزوجين الآخر والفرقة بعدم الكفاءة فسخ وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح ، كالفرقة بملك أحد الزوجين الآخر، والفرقة بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع ،وهذا واضح عند من له خبرة في هذا الفن)[5] .

---

[1]- الموصلي ، الاختيار: ج٣ص١١٤ ، الشيباني ، الحجة : ج٣ص٥٠٤ .
[2]– ابن عابدين : حاشية ابن عابدين : ج ٣ ص ٧٠.
[3]- الموصلي ، الاختيار: ج٣ص١٠٠ .
[4]- انظر : شيخي زاده ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ج٢ ص١٤٢.
[5]- ابن نجيم ، البحر الرائق :ج٤ص١٤٠ .

وقد علق على ذلك ابن عابدين نقلا عن صاحب النهر[١] قائلاً : (قال في النهر وهذا التقسيم لم نر من عرج عليه ، والذي ذكره أهل الدار أن القسمة ثنائية وأن الفرقة بالتقبيل من الفسخ كما قدمناه) [٢].

ملخص الحالات عند الحنفية :

يقول صاحب كتاب الخلاف بين أبي حنيفة وأصحابه : (الأصل عند أبي حنيفة وأصحابه أن كل فرقة جاءت من قبل الزوج ولم تتأبد ولم تتضمن فسخ النكاح من الأصل فهي تطليقه بائنة فتكون كأنه قال لها أبنتك) [٣].

ولا يوجد عند الحنفية فرقة قضائية رجعية ويعلل ذلك الكاساني بقوله : (والفرق في هذه الوجوه كلها بائنة لان المقصود في بعضها الخلاص وانه لا يحصل إلا بالبائن وفي بعضها المحل ليس بقابل لبقاء النكاح) [٤].

وقد صاغ بعض الفقهاء القاعدة التالية في تحديد نوع الفرقة : (كل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق واستثنى ابو حنيفة الردة لان فيها منافاة في المحل وهي أشبه بالموت واستثنى أبو يوسف الردة والإباء عن الإسلام) [٥].

وقد علل بعضهم الاستثناء الوارد هنا بأن الفرقة إذا كانت من قبلها لا بسبب منه أو كانت من قبله ويمكن ان تكون منها ففسخ) [٦].

ثانيا : منهج المالكية في تحديد نوع الفرقة

اختلفت عبارات المالكية وتوجيهاتهم لآلية وطريقة تحديد نوع الفرقة بين الزوجين من حيث التقعيد لها في ثلاث اتجاهات كما يلي :

الاتجاه الأول : بالنظر إلى حكم العقد ذاته

ان كان العقد الجاري بين الزوجين مما اتفق الفقهاء على فساده فان الفرقة تكون فيه فسخا لا طلاقا ، وان كان العقد مما جرى في حكمه الخلاف بين الفقهاء بحيث حكم المالكية بفساده ووجد من أجازه من غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى فان الفرقة فيه تكون طلاقا ،

---

[١]- النهر هو كتاب النهر الفائق شرح كنز الدقائق والنهر لسراج الدين عمربن نجيم والكنز للنسفي أبو البركات من كبار علماء الحنفية .والكنزهو اختصار للوافي و له شروح عديدة من أشهرها تبيين الحقائق للزيلعي والبحر الرائق لابن نجيم زين الدين ، انظر انظر كشف الظنون ج٢ص١٥١٥ .

[٢]- ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين : ص٥٠٥ج٣ .

[٣]– علي العمري ، الخلاف بين أبي حنيفة وأصحابه : ٤٦٦ ، وقد وجدت أصلها في قواعد الفقه للبركتي ط١ ١٩٨٦ ص٤٦ج١ .

[٤]– الكاساني ، بدائع الصنائع:ص٣٤٠ج٢

[٥]– السغدي ، فتاوى السغدي : ص٣١٠ ج١ ، الشيباني ، الحجة ، ص٥٠٥ و٥٠٧ ج٣ .

[٦]– ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين : ص ٧١ج ٣ .

وهذا الاتجاه هو مذهب ابن القاسم من المالكية وهو الرأي الذي ترجحه كتب المالكية عند الخلاف في نوع الفرقة[١] .

الاتجاه الثاني : بالنظر إلى العاقدين و إرادتهما للفرقة .

إن أجبر العاقدان على الفرقة بحيث لا يحل لهما البقاء على العقد وان رغبا فيه ،فان الفرقة بينهما تكون فسخا ، وان كانا يحل لهما البقاء على عقدهما إن رغبا بذلك ولكن جاءت الفرقة برغبتهما أو رغبة أحدهما فان الفرقة تكون طلاقا ، وهذا الاتجاه هو مذهب سحنون. وذكر سحنون أن ذلك هو قول أكثر الرواة عن مالك وهو قول ابن القاسم في أول الأمر قبل أن يرى رأيا غيره لرواية بلغته عن مالك[٢] .

الاتجاه الثالث : وهو بالنظر إلى وقت وجوب الفرقة .

ان كان العاقدان ممن يجب التفريق بينهما قبل الدخول وبعده في المذهب فان الفرقة بينهما بهذا الاعتبار تكون فسخا ، وان كان قد اختلف في هذا النكاح بين الفقهاء فلا عبرة بهذا الخلاف ، وان كانت الفرقة بين الزوجين واجبة قبل الدخول فقط ويثبت العقد بينهما إذا تم الدخول فان الفرقة الواقعة وجوبا قبل الدخول تكون طلاقا[٣] .

بيان الاتجاهات الثلاث :

المدقق في التقعيد للاتجاهات الثلاث في كتب المالكية يمكن ان يلحظ عدة أمور منها:

أن الاتجاه الأول والثاني والثالث قد ورد السماع بها عن الإمام مالك إمام المذهب وفي اكثر من موضع في المدونة أما كتب الفروع فبعضها قد ابرز الاتجاه الأول كما فعل العتبي في متنه المعروف بالعتبية أو المستخرجة من الأسمعة[٤] ، وقد ابرز بعضهم الاتجاه الثاني كما فعل القرافي[٥] و الباجي[٦] ، ومما يلحظ بعد الرجوع إلى نصوص المدونة ان ما سمع عن الإمام مالك يوحي بان الاتجاه الأول والثاني هما اتجاه واحد لولا الفروع التي ذكرها سحنون والتي أبعدت هذا الفرض ، فان تعليل مالك للفرقة المعتبرة فسخا أنها التي يغلبان على فسخ العقد فيها ،والسؤال المطروح هو ما الذي كان يعنيه الإمام مالك في قوله يغلبان على الفرقة فيها هل في حكم المذهب أم في حكم كل المذاهب بحيث لا يجيز هذا العقد مذهب ؟ فان كان المراد هو المعنى الأول اتفق هذا الرأي مع قول سحنون وان كان المراد هو المعنى الثاني اتفق مع قول ابن القاسم ، ولذا يمكن تحرير النزاع بينهما وفق هذا الأمر الذي ذكرته.

---

[١]- البيان والتحصيل : ١٣٩/٥ .
[٢]- ابن رشد ، البيان والتحصيل : ١٣٩/٥ ، المدونة :١٨١/٢ .
[٣]- ابن رشد ، البيان والتحصيل :ص١٣٩ج٥ .
[٤]- مطبوع مع البيان والتحصيل لابن رشد:ص١٣٩ج٥
[٥]- القرافي ، الذخيرة ص٢١٩ج٤ .
[٦]- الباجي ، المنتقى :ص٦٧ج٤

وعلى أي حال فان تلك الاتجاهات تبرز نظرا أصوليا وفقهيا لدى الإمام مالك في تقسيمه لعقود النكاح فانه يعتبرها درجات عدة من حيث قوة العقد وأقواها درجة ما اتفق الفقهاء على جوازه ، ويليه ما كان فيه خلاف فقهي بين المذاهب جوازا ومنعا ، لكن الخلاف فيه ضعيف ،وهذا النوع لعدم قوة الخلاف فيه فان الإمام مالكا يفسخه قبل الدخول وبعده ، ويليه في القوة ما كان فيه خلاف مؤثر قوي ، فانه يفسخه إذا علم به أو رفع إلى القضاء قبل الدخول فقط ويثبته بالدخول أو بمرور مدة على الدخول في بعض الحالات ، ثم يأتي في الترتيب الأخير العقد الحرام بالاتفاق الذي لا يجيزه أحد من الأئمة فانه يفسخ قبل الدخول وبعده اتفاقا[1].

وقد وجدت بعد التدقيق في أقوال المالكية ان الاتجاهات المذكورة و الخلاف فيها إنما هو خلاف في نوع واحد من أنواع التفريق، وهو التفريق في حال فساد العقد ودرجة النظر إلى هذا الفساد سواء أكان الفساد أصليا أو طارئا ، والقواعد المذكورة لا تنطبق على أنواع التفريق الأخرى التي يطالب بها الزوج أو الزوجة أو الولي حيث ان العقد فيها يكون صحيحا وهذا أمر ملاحظ وواضح في القواعد المذكورة في الاتجاهات الثلاث فكلها انطلقت من أن العقد فاسد باتفاق أو فاسد عند المالكية جائز عند غيرهم وهكذا . ولذا فإنني لا أرى تعميم هذه القواعد والخلاف فيها على كل أنواع التفريق فإن التعميم فيه نظر سطحي يجانب التدقيق والتحقيق ، ولعل ذلك ما وجدته عند كثير من الباحثين و المؤلفين المعاصرين في تحديدهم لنوع الفرقة عند المالكية ، والذي يؤكد ما ذهبت اليه أن الفرق التي دار الخلاف فيها وفق تلك القواعد هي الفرق بسبب الردة ونكاح الشغار والنكاح بنفي الصداق وما فسد صداقه ونكاح المحرم ونكاح التحليل ونكاح المريض المخوف عليه و الفرقة لعدم موافقة الولي[2] ، أما الفرقة التي تكون بعد عقد صحيح بطلب الزوج أو الزوجة فإنها عند المالكية تعد من قبل الطلاق بنوعيه الرجعي أو البائن وذلك حسب سبب الفرقة .

وتأسيسا على ما سبق نستطيع أن نخرج بالضوابط التالية تحديدا لمنهج المالكية في تحديد نوع الفرقة :

أولا :الفرقة التي يحكم بها بناء على طلب الزوج أو الزوجة أو الولي بعد نكاح صحيح تكون فرقة طلاق .

ثانيا :الفرقة التي يحكم بها بسبب فساد في العقد متفق على فساده ويجبر الزوجان فيه على الفسخ تكون الفرقة فرقة فسخ لا طلاق .

---

[1]- ابن رشد ، البيان والتحصيل :ص٤٧٩ج٤ ، و الشنقيطي ، تبيين المسالك:ص٥٧وما بعدهاج٣ .
[2]- القرافي ، الذخيرة : ص٢١٩ج٤ .

ثالثا :الفرقة التي يحكم بها بسبب فساد في العقد مختلف على فساده ويجبر الزوجان في المذهب على الفرقة لوجود هذا السبب فهذه الحالة قد وقع الخلاف فيها في المذهب على قولين فهي فسخ عند سحنون وطلاق عند ابن القاسم .

ومما سبق نستطيع القول أن المالكية بالإجمال وخاصة على قول ابن القاسم يغلبون اعتبار الطلاق على الفسخ ما أمكن تصحيح العقد ولو على أحد الأقوال ، إلا انه قد يعترض بالسؤال التالي ؛ لماذا يفرق المالكية بين زوجين وعقدهما صحيح وفق أحد مذاهب المسلمين مع أنهم يجعلون اعتبارا لمذهب مخالفهم إذا تم الدخول فلا يفرقون ؟ فنقول هذه قضية أخرى تعتمد عند مالك على اصلين هما مراعاة الخلاف في المذهب وضرورة أن تكون عقود المسلمين على الوجه الذي يريده الشارع كما يرى المالكية ، ولذا فحيث لم يتم الدخول ؛ ووصولا إلى عقد صحيح غير مختلف فيه فإنهم يفسخون العقد ويطلبون من الزوجين عقده على الوجه الصحيح ما أمكن ، أما إذا تم الدخول فنصوا على فوت هذا الأمر واصبح الدخول مانعا من الفسخ موازنة بين اعتبار ضرر الفرقة بعد الدخول والوصول إلى العقد على الوجه الذي رغب به الشارع وفق مذهبهم ، وحيث أن للعقد وجها صحيحا على رأي ما ، فيكتفى بذلك الوجه حيث تم الدخول.

قال ابن عبد البر في باب تزوج الرجل المرأة بعد أن ركنت إلى غيره (وفسخ عنده – أي الإمام مالك قبل الدخول من باب إعادة الصلاة في الوقت ليدرك العمل على سنته وكمال حسنه) [1].

لكن الإشكال في هذا الرأي هو اعتبار تلك الفرقة طلاقا فلو أعاد الزوجان الأمر بينهما وجددا عقد نكاحهما فستحتسب عليهم الطلقة الأولى وربما ضيق ذلك عليهم ، فما فائدة إلزام المالكية الزوجين بطلقة ؟ جواب ذلك نجده عند القرافي حيث علل وبين السبب قائلا:(إبطال العقد المنهي عنه لما تضمنه من الفساد فلذلك أمر بالفسخ، والحل للزوج الثاني ولذلك شرع في الفسخ الطلاق ليحصل اليقين بالحل فحيث يمكن الفساد إما بتنصيص الشارع ، أو بالمنع من اختيار الإمضاء أو بالإجماع – ظهر، ليحل الثاني بدون الطلاق ، فلا يشرع الطلاق لئلا ينقص الملك بغير فائدة ، وحيث لم يتمكن الفساد لوجود الخلاف أو التمكن من الإمضاء تعين الاحتياط ليحل به لوجود أمارة قبول العقد للصحة فلا يضر نقصان الملك لان الزوج أدخل ذلك على نفسه، مع أن الاحتياط للأبضاع أولى من الأملاك . وكذلك تخصيص الفسخ قبل الدخول

---

[1]- ابن عبد البر، الاستذكار:ص١٠ج٦ .

نظرا لخفة الفساد فتأكدت الصحة بالدخول لأجل الاطلاع على العورتين وذهاب الحرمتين وارتفاع الجنابتين من جهة الزوجين) [١].

وقد نقلت العبارة لأهميتها في الموضوع وملخصها أن القاضي يقوم بالتطليق على الزوج في حالة عدم تمكن الفساد في العقد رغم ورود النهي عن العقد وذلك ليحصل اليقين برفع حكم عقد الزواج بين الزوجين ليحل لها الزواج من آخر ولا تبقى لديها شبهة في ارتباطها بالأول وذلك من باب الاحتياط ، والحاجة إلى هذا اليقين أهم من الضرر الذي يلحق بالزوج من إنقاص عدد الطلقات في حقه ،أما في حالة تمكن الفساد بقوة الدليل واتفاق الفقهاء عليه فإن ذلك يكفي لرفع الحل ولا ضرورة عندها لإضافة التطليق على الفسخ المفترض وجوده بل يكفي الفسخ لتحققه يقيناً ، أما بالنسبة للتفريق بين الدخول وعدمه فالعبارة واضحة في أن الدخول مع ضعف الفساد يرجح جانب اعتبار الصحة لما يترتب على الطرفين من ضرر نتيجة الفسخ بعد الدخول ، بعكس الدخول مع قوة الفساد فإنه لا اثر له في التصحيح .

وفي هذا إشارة واضحة من المالكية ان تطليق القاضي يقوم مقام تطليق الزوج .

ثالثا: منهج الشافعية في تحديد نوع الفرقة

إن تحديد نوع الفرقة عند الشافعية إنما تولاه علماؤهم وتكفلوا بوضع قاعدته وجمع فروعه ولذا فان معرفة نوع الفرقة عندهم لا يحتاج إلى بحث في الفروع وتمحيص كما نجد عند غيرهم من مذاهب العلماء ، فقد نص السيوطي في الأشباه على القاعدة وجمع شتات الفروع وقرر أن جميع فرق النكاح إلا الطلاق الصادر من الزوج تعتبر فسخا لا طلاقا ، ولا يختلف المذهب سوى في أربع فرق هي فرقة الحكمين و الخلع وفي الإعسار و الإيلاء ففرقة الحكمين و الخلع على الجديد وفرقة الإيلاء على الأصح وفرقة الإعسار في وجه أنها طلاق[٢].

والشافعية في تلك القاعدة ملتزمون بخط إمامهم الشافعي رحمه الله الذي قرر القاعدة معللة واضحة لا لبس فيها ولا غموض فقد ذكر في كتابه الأم القاعدة على طريقة الحوار قائلاً: (فما الوجوه التي ذكرت التي تكون بها الفرقة بين الزوجين ؟ فقلت له ، كل ما حكم فيه بالفرقة وإن لم ينطق بها الزوج ولم يردها وما لو أراد الزوج أن لا توقع عليه الفرقة وقعت ؛ فهذه فرقة لا تسمى طلاقا ، لان الطلاق ليس من الزوج وهو لم يقله ولم يرضه بل يريد رده ولا يرد) [٣] فضرب أمثله ثم قال أفتعد شيئا من هذا طلاقا قلت لا فهذا فسخ عقد النكاح لا إحداث طلاق فيه.

١- القرافي ، الذخيرة : ص ٢٢٠ج٤ .
٢-السيوطي ، الأشباه والنظائر :ص٢٨٧ ج١ .
٣- الشافعي ، الأم : ج٥ ص١١٩ .

وقد علل الشافعي اختياره الفسخ قائلا: (وفرقة المرأة بغير تمليك الزوج إياها لا تكون إلا فسخ عقد النكاح لان الطلاق الذي جعله الله ثلاثا لا تحل النساء بعده إلا بزوج وهو إلى الرجال لا إلى النساء)[1] .

والاستثناء الوارد في اعتبار فرقة الحكمين طلاقا ليس خروجا عن القاعدة في المذهب وذلك لان المعتمد في المذهب أن الحكمين إنما هما وكيلان عن الزوجين ويحكمان بينهما بموجب هذا التوكيل وما يصدر منهما من مخالعة بين الزوجين يكون بهذا الاعتبار فنعلم من ذلك أن الزوج تشكلت لديه إرادة بالطلاق وكل بها الحكمين ولوجود هذه الإرادة تحدد نوع الفرقة فكانت طلاقا لا فسخا أما فرقة الإيلاء فلإشارة نص آية الإيلاء إلى الطلاق قال تعالى : (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم * وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم)[2] ، أما فرقة الإعسار فإنها على وجه عند الشافعية كما ذكر السيوطي في النقل السابق عنه تكون فسخا وهي على هذا الوجه تنسجم مع القاعدة ، أما الايلاء فقد ذكر الغزالي الوجه في جعله طلاقا لا فسخا عند حديثه عن الفرقة بسبب العنة قال : (ولا خلاف في أن القاضي لا يطلق عليه كما يفعل في المؤلي على قول ، لأن الإيلاء كان طلاقا في الجاهلية فجعل موجبا للطلاق ، وأما هذا– يعني في العنة –ففسخ كخيار العيوب)[3].

رابعا : منهج الحنابلة في تحديد نوع الفرقة

سئل الإمام أحمد في فرقة خيار الأمة المعتقة لم لا يكون طلاقا قال : (لان الطلاق ما تكلم به الرجل ولأنها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخا كالفسخ للعنة أو العته)[4]

من خلال هذا النص نستطيع التعرف على الإطار الذي من خلاله يحدد الحنابلة نوع الفرقة القضائية بين الزوجين ومعالمها الرئيسة ، والتي تتلخص بأن كل فرقة قضائية هي من باب الفسخ ولا تكون الفرقة طلاقا إلا إذا صدرت من الزوج .

وقد قارنت بين هذه القاعدة و فروع المذهب للوقوف على مدى انطباقهما ومدى تقيد فقهاء المذهب برأي إمامهم فوجدت أن المحررات الفقهية في فقه الحنابلة ملتزمة بهذا التوجيه والتقعيد لتحديد نوع الفرقة[5] ، وقد استثني الإيلاء من هذه القاعدة في القول المفتى به في المذهب مع إعطاء القاضي الحرية في فسخ العقد إذا رأى أن المصلحة تكمن في ذلك[6] .

---

[1]- نفس المرجع .
[2]– سورة البقرة الآيتان (٢٢٦و٢٢٧)
[3]- الغزالي ،الوسيط ج: ٥ ص: ١٨٠
[4]– ابن قدامة ، المغني(ط١٤١٤هــ) : ج ٧ص٥٩٢ .
[5]– انظر ، ابن النجار ، منتهى الإرادات : ج٢ الصفحات ١٠٣، ١١٥، ١١٩، ١٣٢ .
[6]- ابن قدامة ، المغني (ط١٤١٤هـ) : ج٨ص٥٤٣

ومن الملاحظ أن مصطلح الفسخ عند الحنابلة محدد المعنى والمــراد ، فهــم عنــدما يوردونه يريدون به المعنى الاصطلاحي للكلمة وليس المعنى اللغوي ، وهو ما لم يوجد مــثلا في فروع المالكية حيث نجدهم يستخدمون كلمة الفسخ للدلالة على الفرقة ثم يحددون نوع الفسخ إن كان فسخا بطلقة أو بغيره ، ومثاله ما ورد في كفاية الطالب في زواج المحلــل(وإذا عثــر على هذا النكاح فسخ قبل البناء وبعده بطلقة ولها بالبناء صداق المثــل ، فــإن تزوجهــا الأول بهذا النكاح فسخ بغير طلاق)[١] ، أما الحنابلة فقد اعتمدوا مباشرة المدلول الاصطلاحي لكلمــة الفسخ واستخدموه بناء على ذلك ، ومثاله ما أورده ابن النجار في فصل تحدث فيه عن المهر : (ويسقط كله – أي المهر– إلى غير متعة بفرقة لعان وفسخه لعيبها أو من قبلها كإسلامها تحت كافر وردتها ، ورضاعتها ممن ينفسخ به نكاحها،وفسخها لعيبه أو إعسار أو عدم وفائه بشرط واختيارها لنفسها بجعله لا بسؤالها قبل دخول) [٢].

المطلب الثالث

اختيارات قوانين الأحوال الشخصية

أولاً : اختيارات قانون الأحوال الشخصية الأردني

لم يضع المشرع الأردني أثناء تقنينه لمسائل التفريق القضائي فــي قــانون الأحــوال الشخصية الأردني فصلا جامعا لتحديد نوع الفرقة القضائية و أحكامها و إنما بثها تبعا لكل حالة في مواد متفرقة في القانون ، وباستقراء كامل للمواد الخاصة بحالات التفريق نجد أن القــانون اعتبر بعض الحالات فسخا و اعتبر بعضها طلاقا ولم يضع قاعدة لذلك تبين اتجاه القانون فــي اختيار نوع الفرقة أو القاعدة التي اتبعها للتفريق بين النوعين ، ومن خلال التتبــع لنــصوص القانون نستطيع فرز الحالات المعتبرة فسخا والحالات المعتبرة طلاقا مع الإشارة إلى أن هناك حالة واحدة نص عليها القانون وهي الفرقة التبعيــة للحكــم بمــوت المفقــود وهــي فرقــة وفاة،والتفصيل كما يلي :

أولا : الحالات التي اعتبرها القانون فسخا ونص عليها بهذا الاعتبار

عدد هذه الحالات سبع هي : الفرقة لمخالفة الشرط المقترن بالعقــد[٣] والفرقــة لعــدم الكفاءة[٤] و الفرقة للتغرير إذا اشترطت الكفاءة وتبين عدمها[٥] والفرقة لبطلان النكاح أو فساده

---

[١]– كفاية الطالب : ص١٥٥ ج٣ .
[٢]– ابن النجار ، منتهى الارادات : ص١١٥ج٢ .
[٣]- المادة (١٩)
[٤]- المادة (٢٣)
[٥]- المادة (٢١)

من أصله[١] والفرقة لعيب في الزوجة بطلب من الزوج[٢] أو لعيب في الـزوج بطلـب مـن الزوجة[٣] ، والفرقة بسبب الإعسار عن دفع المهر المعجل قبل الدخول[٤] و الفرقة بين زوجـة المفقود –المحكوم بوفاته – ومن تزوجته قبل دخوله بها[٥] و الفرقة بـالخلع القـضائي قبـل الدخول[٦].

ثانيا : الحالات التي اعتبرها القانون طلاقا ونص عليها

عدد هذه الحالات ست وهي :الفرقة لغيبة الزوج [٧] و الفرقة لهجر الزوج [٨] و الفرقة لعدم الإنفاق وذلك للإعسار عن دفع النفقة أو الامتناع عنها [٩] والفرقة بسبب سجن الزوج [١٠] و الفرقة من قبل الحكمين للشقاق والنزاع [١١] و الفرقة بالخلع القضائي بعد الدخول[١٢] .

ثالثا : الفرق التي لم ينص القانون على تحديد نوعها صراحة

وهي الفرقة بسبب جنون الزوج والفرقة بسبب فقد الزوج إذا لم يطلب إثبات وفاتـه ، وفرقة الإيلاء و الفرقة بسبب اللعان و الفرقة بسبب طروء ما يفسد العقد كالردة وفعل ما يوجب حرمة المصاهرة والرضاع والإباء عن الإسلام .

و تحديد حكم هذه الحالات كما يلي :

أولا : الفرقة بسبب الجنون يمكن اعتبارها تابعة لحكم مواد الفرقة بسبب العيـوب حيـث أن الجنون من أنواع العيوب والفرقة بسبب العيوب في القانون هي فرقة فسخ ، ولعل إفراد حكم الجنون بالمادة ١٢٠ من القانون هو من باب النص على التأجيل لمدة عام ولبيان هذا الحكـم الخاص، كما أننا لو أردنا إعمال المادة ١٨٣ التي يرجع فيها إلى الراجح من مذهب أبى حنيفة فإن الفرقة بالعيوب الكائنة عند الزوج تعتبر طلاقا بائنا ، وهو لا يجيز الفرقة بسبب الجنون[١٣].

ثانيا : الحالات الأخرى الأصل فيها أن تعامل وفق الراجح من مذهب أبى حنيفة وفـق المـادة ١٨٣، وبمراجعة المذهب الحنفي لمعرفة الراجح في تحديد نوع الفرقة فإننا سنلحظ أن أنواعـا تعتبر فرقا صحيحة وأنواعا أخرى ليست كذلك ولذا فلن نجد لها نوعا عندهم .

---

[١]- المادة (٤١و٤٢) وفهم الفسخ من عدم إفادة العقد لأحكامه .
[٢]- المادة (١١٧)
[٣]- عنوان الفصل الثاني عشر صدر المادة ١١٣ .
[٤]- المادة (١٢٦)
[٥]- المادة (١٧٩)
[٦]- المادة (١٢٦) فقرة / ب .
[٧]- المادة (١٢٣)
[٨]- المادة (١٢٣)
[٩]- المادة (١٢٧)
[١٠]- المادة (١٣٠)
[١١]- المادة (١٣٣)
[١٢]- المادة (١٢٦) فقرة ج .
[١٣]- الموصلي ، الاختيار :ج٣ص١١٥ .

أما الأنواع المعتمدة في المذهب الحنفي من تلك الحالات فهي :

فرقة الإيلاء[١] ، والفرقة بسبب اللعان[٢] والفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام وهي فرق طلاق كما هو المذهب ، وأما الفرقة بسبب طروء ما يفسد العقد كردة الزوج أو الزوجة وفعل الـزوج أو الزوجة ما يوجب حرمة المصاهرة بينهما و الفرقة لإباء الزوجة الإسلام حال إسلام زوجها ما لم تكن كتابية فهي فرق فسخ .

وأما الأنواع المعتمدة قانونا وغير المعتمدة في الفقه الحنفي فهي الفرقة بسبب فقد الزوج في حال اقتصار طلب المرأة على الفرقة دون التعرض لاثبات الوفاة لأنها إذا رغبت بإثبـات الوفاة فإن الفرقة تكون بذلك فرقة وفاة كما نصت المادة ١٧٨ من القانون ، والحالة التي نحـن بصددها عالجتها المادة ١٣١ من القانون ولم تنص على نوع الفرقة فيها وإذا رجعنا فيها إلـى المذهب الحنفي فلن نجد لها حلا ويبقى أمامنا خياران :

الخيار الأول : الرجوع إلى قواعد المذهب الحنفي في التفريق بين الطلاق والفـسخ وتطبيقهـا على الفروع سواء قال بها الحنفية أم لم يقولوا .

الخيار الثاني : الرجوع إلى المذهب الذي أخذت منه حالة التفريق ومعرفة نوعها مـن قواعـد ذلك المذهب ، و يمكن الوصول إلى ذلك من المذكرة الإيضاحية للقانون أو من معرفة مذاهب الفقهاء ، إلا أنه قد يرد إشكال هنا وهو أن حالة التفريق قد تكون معتبرة ومأخوذة من أكثر من مذهب من مذاهب الفقهاء لاتفاقها في أصل جواز التفريق فيها كالمالكية والحنابلة مثلا والإشكال أن اتفاق المذهبين في أصل الفرقة لا يعني بالضرورة اتفاقهما على نوعها فـسخا أو طلاقـا ، وبعدم وجود النص المحيل إلى أي مذهب منهما لا نستطيع الاختيار من أيهما نشاء قضاء دون سبب يعتمد عليه في ذلك الاختيار ، ولذا فإنه من الضروري أن ينص القانون ذاته على قاعـدة عامة في التفريق بين الفسخ و الطلاق يرجع إليها في كل الحالات ويكون النص بمواد قانونيـة واضحة وفي باب واحد يكون مقدمة للمواد الخاصة بحالات التفريق .

و الى ان يتم ذلك فان الحل في المسائل العالقة يمكن أن يكون باتجاهين الأول إن كانت الحالة لها مرجع فقهي واحد بارز عن غيره من المذاهب وكانت الحالة قد أخذت أحكامها منـه على وجه الخصوص فإنه يرجع له في نوع الفرقة ، وإذا أخذت الحالة من أكثر من مذهب فإنه ودفعا للتناقض والخلاف يرجع الى القاعدة العامة المرجحة في فقه الحنفية والله تعالى أعلم.

---

[١]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص١٥٢ .
[٢]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص١٦٩ .

وقد أطلت هنا مع أن الحالة هي واحدة لابراز المشكلة وبيان ضـــرورة الـــنص علـــى قاعـــدة واضحة في ذلك عند تعديل القانون خاصة وأن القانون مرشح لإجراء تعديلات عديدة في أكثر من موضع فيه .

أما الحالة المذكورة وهي حالة الفقد فإنها أتت في سياق حالات التفريق للضرر للغياب وعدم الاتفاق وخوف الشقاق والسجن وافترقت عن التفريق للغيبة في أن الزوج فيها لا يعلـــم حياته من موته بينما في الغيبة تعرف حياته وتظهر غيبته ،وكلها حالات نص القـــانون علـــى اعتبار الفرقة فيها طلاقا وذلك ينسجم مع القاعدة الخاصة عند الحنفية في أن الفرقة إذا تـــسبب بها الرجل جعلت طلاقا .

والفرقة للفقد قال بها المالكية[١] والحنابلة[٢] وهي فرقة موت عندهم تعتد المرأة فيها عدة وفاة وأما عند الشافعية[٣] فهي في القول القديم عندهم فرقة جائزة وهي فرقة فسخ .

ثانيا : اختيارات قانون الأسرة المغربي

لقد نصت مدونة الأسرة المغربية على اثني عشر سببا للتفريق بطلـــب مـــن الزوجـــة واعتبر القانون ثماني حالات منها فرقة طلاق وهـــي التفريـــق للإيـــلاء[٤] وعـــدم النفقـــة[٥] والعيوب[٦] والشقاق[٧] والضرر[٨] والغيبة [٩] وتعدد الزوجات[١٠] والسجن[١١] وحالـــة واحـــدة ليست من باب الفسخ أو الطلاق وهي حالة فرقة الوفاة الحكمية بسبب الفقد[١٢] ، وحالة واحدة ترك أمر تحديدها لكلا الطرفين في اختيارهما لطريقة التفريق و أسبابه عند وجود اتفـــاق فـــي العقد على ذلك[١٣] ، وحالتين اعتبرها فسخا بسبب الإكراه [١٤] والتدليس [١٥]. وذلـــك لرجـــوع الحالتين إلى خلل في أصل العقد ويمكن أن نلحقها بالأنكحة الفاسدة إلا أن وضـــعها هنـــا لان الإكراه والتدليس هو ادعاء شخصي يمكن أن يجبر بالموافقة اللاحقة التي تزيل أثـــر الإكـــراه والتدليس وهذا ما فرقهما عن العقود الفاسدة الأخرى التي لا تصحح.

---

[١]- المواق ، التاج والإكليل : ج٤ ص١٥٥
[٢]- المرداوي ، الإنصاف :ج ٩ ص ٢٩٠ ، البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٤٢١.
[٣]- الشيرازي ، المهذب : ج٢ ص١٤٦
[٤]- المادة (١١٢)
[٥]- المادة (١٠٢)
[٦]- المادة (١٠٧)
[٧]- المادة (٩٧)
[٨]- المادة (٩٩)
[٩]- المادة (١٠٤)
[١٠]- المادة (٤٥)
[١١]- المادة (١٠٦)
[١٢]- المادة (٧٤و٣٢٧)
[١٣]- المادة (١١٤)
[١٤]- المادة (٦٣)
[١٥]- المادة (٦٦)

ويتضح من خلال ما سبق أن المدونة اعتبرت أن الأصل في الفرقة هو الطلاق ، وهي بذلك قد سارت على النسق العام في المذهب المالكي الذي هو مصدر العديد من هذه الحالات وأساسها وهناك حالات لم ينص عليها القانون وأحالها إلى المذهب المالكي وهي التفريق للإعسار بالمهر[١] والتفريق للهجر[٢] والتفريق لعدم إخراج كفارة الظهار[٣] وجميع هذه الحالات الفرقة فيها فرقة طلاق في المذهب المالكي .

وبقيت حالة واحدة وهي طلب المرأة اللعان عند اتهام زوجها لها بالزنا وهي فرقة فسخ لأنها حرمة مؤبدة في مذهب المالكية[٤] وهو مرجع المدونة المغربية .

الفرق المحكوم بها بناء على طلب الزوج :

أما الفرق المحكوم بها بناء على طلب الزوج فقد نصت المدونة على حالات مشتركة مع الزوجة من حيث سبب الفرقة وهي الشقاق والعيوب والتدليس والإكراه والاتفاق على طريقة الافتراق واللعان لنفي النسب والفقد ، فهي فرقة فسخ في اللعان والتدليس والإكراه وفرقة وفاة في الفقد وباقي الحالات فرقة طلاق ، ولا توجد حالات في المذهب المالكي بالنسبة للزوج لم ينص عليها في المدونة.

الفرقة المحكوم بها بناء على طلب من الولي :

أما الفرقة بطلب من الولي فقد نصت المدونة على حالة واحدة وهي حالة عدم موافقة الولي على الزواج عندما تكون المرأة قاصرا تحت سن الثامنة عشرة ،وقد اعتبرتها المدونة فسخا ، وهي حال وجوب موافقة الولي على الزواج ، وقد خالفت المدونة المذهب المالكي هنا في أمرين :

الأول :في حالة وجوب الولي بحيث حصرت المدونة حالة الاشتراط بالمرأة القاصر دون الثامنة عشرة فقط فيما المالكية يشترطون الولي في كل امرأة .

الثانية : في نوع الفرقة حيث اعتبر المالكية الفرقة هنا بناء على طلب الولي فرقة طلاق لان العقد دون ولي أمر مختلف فيه بين المذاهب[٥] بينما اختارت المدونة الحكم باعتبارها فسخاً .

أما الحالات غير المنصوص عليها والتي يرجع فيها للمذهب المالكي فهي حالة واحدة أيضاً ، وهي حالة وجود عيوب في الزوج يجوز للمرأة التفريق بسببها ، ونوع الفرقة فيها فرقة رد في

---

[١]- مالك ، المدونة :مجلد٢ص٢٥٣

[٢]- الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر خليل :ج٤ص٢٧٢ .

[٣]- القيرواني ، النوادر والزيادات :ج٥ص٣٠١ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل :ج٤ص٢٧٦ ،الدسوقي ، حاشية الدسوقي:ج٢ص٤٤٧ ،

[٤]- الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ :ج٣ص٢٤٤

[٥]- العدوي ، حاشية العدوي : ج٢ص٤٩

المذهب[1] ، بينما في قانون الأسرة الفرقة للعيوب طلاق ، لكن قد لا يحدث انسجام في إحالة الأمر إلى المذهب المالكي في حال تطبيق أحكام القانون الذي جعل أمر الرشيدة لنفسها دون وليها ، ويمكن انطباق الأمر في حالة غير الرشيدة ليكون للولي حق الفرقة لعدم الموافقة أو لوجود العيب .

التفريق بطلب الادعاء العام

أما ما يتعلق بالادعاء العام فانه يشمل العقد الفاسد والباطل ، وقد نصت المدونة على العقد الفاسد وعلى العقد الباطل وبينت أحكام كل منهما كما تركت بعض العقود دون النص ويرجع فيها إلى المذهب المالكي .

فالقاعدة في العقود الباطلة أن الفرقة فيها فرقة فسخ لا طلاق لانطباق القاعدة عليها وفق المذهب المالكي في الأنكحة التي لم يجر فيها خلاف في بطلانها ، وقد نص عليها في المدونة وهي الزواج من المحرمات نسبا أو مصاهرة أو رضاعا أو جمعا بين من لا يصح الجمع بينهم أو النكاح فوق العدد المسموح به وهو أربع أو زوجة الغير و معتدته أو نكاح المشركة أو غير المسلم ومما نص عليه أيضا نكاح التحليل والنكاح بلا ولي عند اشتراط ذلك في القاصرة غير الرشيدة ، ونكاح المريض المخوف عليه ، والنكاح الذي نفي الصداق فيه أو الذي فسد صداقه فكلها الفرقة فيها فرقة فسخ ،أما غير المنصوص عليها و المحالة إلى المذهب المالكي فهي نكاح الشغار ونكاح السر ونكاح المحرم والفرقة فيها فرقة طلاق وفق المذهب المالكي لاختلاف المذاهب الأخرى في جوازها وعدم الإجماع على بطلانها ، و أما فرقة نكاح المتعة فهي فرقة فسخ لاتفاق المذاهب على عدم حله[2].

قراءة في اختيارات المدونة

في حالات النكاح الصحيح الذي يطرأ عليه ما يجيز الفرقة فيه فالقاعدة العامة أن الفرقة فيه هي فرقة طلاق وهذا انسجام مع مذهب المالكية باستثناء بعض الحالات وتم الإشارة إليها وبيان سبب استثنائها كالإكراه والتدليس وعدم موافقة الولي .

أما الحالات التي يكون النكاح فيها فاسدا لأمر يعود إلى أصل انعقاده أو عندما يطرأ عليه ما يفسده ، فالمنصوص عليه في المدونة اختيار الفسخ ، و أما غير المنصوص عليه فقد تم إحالته إلى المذهب المالكي وهو في أغلبه فرقة طلاق انسجاما مع القاعدة العامة التي تم الإشارة إليها .

---

[1]- ابن رشد ، البيان والتحصيل :ج٥ص٥٠و٥٩ ، مالك ، المدونة :ج٢ص٢١٣ ، القيرواني ، رسالة القيرواني :ص٩٥ .
[2]- انظر المواد ٥٧ وما بعدها .

ويلاحظ أن المنصوص عليه هو في أغلبه مما اتفق الفقهاء على عدم حله والقول بأنه فسخ أيضا ينسجم مع أحكام الفقه المالكي الذي يعتبر المصدر الأساس للمدونة.

وفي ختام المبحث

بقي أن أقول أن ما ذكرته في بداية هذه الأطروحة في التفريق بين الفسخ والتطليق في التكييف الفقهي أود التأكيد عليه هنا ، ليلاحظ في عملية الاختيار فقد رأينا مما سبق تعدد المناهج في اختيار نوع الفرقة ، وكيف أن الشافعية والحنابلة قد اتفقا تقريبا على اعتبار أن الفسخ هو الأساس في التفريق القضائي وليس التطليق وهو رأي سديد ، وأرجح اعتماد هذا الرأي في كل حالات التفريق القضائي التي ينشئ القاضي الفرقة فيها ، وأتقدم إلى واضعي القانون إلى اعتماد ذلك في القانون عند إجراء التعديلات عليه وهي دعوة إلى توحيد المرجعية واعتماد قاعدة واحدة تكون مضطردة لجميع الحالات تخرج من رحم واحدة يسهل التعاطي معها وتنظيم أحكامها ، وهذا أمر أدعو إليه في كل مفصل من مفاصل هذه الدراسة .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على اختلاف الماهية

ونعني بهذا المبحث أوجه الشبه والفرق بين صدور حكم القاضي باعتبار الفرقة فسخا أو اعتبارها طلاقا وهل يترتب على هذين الاعتبارين آثار مختلفة أم أنه لا اختلاف بينهما من حيث الآثار ؟ خاصة وان الفقهاء فرقوا بين الأمرين كما علمنا في المبحث السابق ، وهل الفقهاء متفقون على هذه الاختلافات إن وجدت بين النوعين أم لا ؟ هذا ما سيتم بحثه في هذا المبحث وذلك من خلال تقسيمه إلى عدة مطالب تمثل الآثار المترتبة على اختلاف ماهية الحكم.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الفسخ يختلف عن الطلاق بأن الطلاق قد يصدر دون قضاء، أما الفسخ فإنه لا يصح إلا عند الحاكم وإن اختلف في أمره هل يشترط ان يفسخ الحاكم العقد بلفظه بالحكم أو الذي يفسخ العقد صاحب الحق في الخيار بين الفسخ وعدمه وذلك بأن يرد الحاكم الفسخ الى من له الخيار فيه فيفسخه كما هو مذهب الحنابلة ، قال ابن النجار (ولا يصح فسخ بلا حكم فيفسخه أو يرده إلى من له الخيار)[١] .

إن الفرقة بين الزوجين رفع لحكم العقد بينهما وإن كان يشترك في الأصل فيه كثير من العقود إلا أن عقد النكاح يختلف عن باقي العقود في تفاصيل طريقة إنهائه وأنواع رفعه لما له من طبيعة خاصة .

---

[١]– ابن النجار ، منتهى الارادات :ص١٠٣ج٢ .

و من المقرر فقها أن العقود بمختلف أنواعها تكون بحكم المنتهيـــة والمنحلـــة بطـــرق مختلفة ذكرها الفقهاء، وهي انقضاء الالتزام أو فسخ العقد وانتهاؤه ، وهذه الطـــرق لا تنطبـــق كلها على عقد النكاح فعقد النكاح من العقود المستمرة غير المؤقتة أو المحدودة المدة أو الغرض فغالبية العقود الالتزامات فيها متقابلة بين طرفي العقد و تكون واضحة ولها مدة بعضها فوري كعقد البيع وبعضها من عقود المدة كقد الإجارة والتوريد وبعضه له غاية ينتهي بحصول غايته كالوصية والهبة.

وهذا الاختلاف في طبيعة العقود هو الذي يحدد طريقة إنهائها ورفعها ولذا فإنه لا يمكن ان يتصور إنهاء عقد النكاح بانقضاء الالتزام لان الالتزامات بين طرفي العقد في النكاح متجددة ليست محددة بمدة وعليه فان الفقهاء توصلوا إلى طريقين محددين لا ثالث لهما في رفع عقـــد النكاح –ما لم ينته بالوفاة الحقيقية أو الحكمية– أحدهما بفسخه وثانيهمـــا بـــالتطليق وبمـــا ان موضوع الدراسة هو رفع العقد بواسطة القضاء فان الطـــريقين المـــذكورين همـــا النتيجتـــان المبتغاتان من دعوى التفريق وان الحكم الصادر بثبوت الدعوى لا بد وان يتضمن أحد الأمرين إما التفريق بفسخ العقد أو التفريق بالتطليق أو الحكم بثبوت أحد الأمرين .

وقد سقت هذه المقدمة مدخلاً إلى الآثار المترتبة على اختلاف الماهية من فسخ وطلاق علـــى كل من الزوجين والمتمثلة في المطالب الآتية :

المطلب الأول

حق الرجعة

إن المقصود بحق الرجعة هو ما ورد في قوله تعالى : (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليـــوم الآخـــر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ....)[١] وذلك بقرار من الزوج فقط ورغبة منه دون التوقف على موافقة المرأة أو رضاها ، ودون حاجة إلى تجديد العقد ودفع مهر جديد ، ولعل هذا الأمر جد مهم لكلا الزوجين .

وإذا دققنا في الأمر من ناحية نظرية مطلقة فان التفكير المنطقي سيقودنا إلى أن الزوج لا ينبغي أن يملك حق إرجاع زوجته ما دام التفريق الذي حصل بينه وزوجـــه إنمـــا حـــصل بواسطة القضاء بعد أسباب موجبة له و بعد دعوى وبينات وثبوت وحكم وتـــدقيق وتمحـــيص ومراجعة . وذلك لافتراض وجود المخاصمة بين الطرفين و أن الحكم قد قطع الخصومة بينهما بالفرقة بعد العجز عن الإصلاح بينهما وهو مبتغى طالبه فإذا أجزنا للزوج منفردا ان يعيـــد

[١]– سورة البقرة الآية رقم(٢٢٨)

الأمر إلى ما كان عليه الحال قبل الحكم فإننا بذلك نكون قد أبطلنا فائدة التقاضي ولم يكن للحكم الصادر بالفرقة أهمية أو احترام أو فائدة ما دمنا نعطي الحق للزوج بإمكانية تجاوزه بمجرد كلمه ينطق بها ليعيد زوجه اليه ، لذا فإن الفقهاء قد نظموا هذه المسألة بما يحقق المقصد من مرفق القضاء ومن كونه المرجعية عند الرغبة في حل الخصومة بين الناس .

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المجتهد أو المقنن للتشريع قد علم هذه الفروقات ، وعندما نص على نوع الحكم إنما أراد من اختيار نوع الحكم اختيار هذه الآثار المترتبة على هذا النوع لتحقيق المقصد التشريعي الذي يريده.

ويتفرع عن الكلام المذكور أن للرجعة بمعناها الأوسع [١] حكمان بحسب نوع الفرقة :

أولا: نوع لا تجوز فيه الرجعة إلا بعقد جديد وبموافقة الزوجة وبمعنى انه ليس للرجل حق في إرجاع زوجته بإرادته المنفردة وهذا الأمر يشمل الفرقة بالفسخ والفرقة بالطلاق البائن.

وهذا الحكم متفق عليه عند جمهور الفقهاء فمن أعطى من الفقهاء للقاضي الحق بالتفريق بالفسخ أو بطلقة بائنة لم يعط الحق للزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ومن الضرورة الإشارة إلى أن هناك اختلافا بين الفقهاء فيما يعتبر فسخا أو طلاقا بائنا أو رجعيا كما تم التفصيل فيه في المبحث السابق .

كما يمكن أن يندرج تحت هذا النوع ما حكم القاضي بثبوته من وقوع طلقة بائنة من الزوج أو طلقه رجعية آلت إلى بائن دون حصول الرجعة فإن هذه لها الحكم ذاته من اشتراط العقد الجديد بشروطه المعتبرة وخلو الطرفين من الموانع الشرعية .

ثانيا: نوع تجوز فيه الرجعة.

وهذا النوع ينحصر في التفريق بين الزوجين بطلقة رجعية إلا أن الفقهاء في هذا النوع قد حدث بينهم خلاف في أمرين الأول في الأنواع التي تعتبر فرقة الطلاق فيها رجعية والآخر في كيفية وشروط الإرجاع ، وقد انقسم الخلاف فيما يعتبر رجعيا كما يلي:

الحنفية لا يوجد عندهم تفريق قضائي رجعي[٢] فهو إما فسخ للعقد أو طلاق بائن ، وعلل الموصلي ذلك بقوله (فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها)[٣].

---

[١]- أعني بالمعنى الأوسع الرجعة بمجرد القول في الطلاق الرجعي أو الرجعة بعقد جديد في الطلاق البائن .

[٢]- الكاساني ، بدائع الصنائع:ص٣٤٠ج٢ .

[٣]- الموصلي ، الاختيار :ص١١٥ج٣ .

والمالكية لا يوجد عندهم تطليق على الزوج رجعي إلا في حالتين قال الدسوقي : (كل طلاق أوقعه الحاكم كان بائنا إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة فإنه يكون رجعيا)[١].

والشافعية وحيث أن الأصل في تفريق القاضي الفسخ إلا أن ما تم استثناؤه وجعله طلاقا انحصر اعتبار الرجعي فيه في التفريق للإيلاء بطلقة رجعية [٢].

أما الحنابلة فإن فرقة الحاكم في الإيلاء فيها روايات وأقوال في المذهب والذي يرجحه علماء المذهب أن تفريق الحاكم فيه طلقة رجعية وللزوج الإرجاع متى شاء في العدة دون شرط الوطء كما فعل المالكية ، وقد علل ابن قدامة اختيار الرجعي بأن المولي قادر على الوطء ورجعته دليل على رغبته فيه ، ورغبته في رفع الضرر ، فإن أرجعها بعد الطلاق ولم يطأ ضربت له مدة أخرى[٣] ، إلا أن الحنابلة قد عالجوا الضرر المتوقع على المرأة من الرجعة مع عدم الوطء كذلك بطريق أخرى غير التي ذكرها ابن قدامة في حساب المدة عليه مرة أخرى حيث وسعوا على القاضي في حكمه فجعلوا له أن يطلق ثلاثا لكيلا يتمكن الزوج من الرجعة واستندوا في ذلك إلى أن الحاكم ينوب مناب الزوج في الطلاق فيملك ما يملكه ، من واحدة إلى ثلاث ، كما أنهم أعطوا الخيار للقاضي في التفريق بالفسخ وليس بالطلاق ويقع الفسخ بقول القاضي فسخت النكاح وعندها يشترط في الرجعة العقد الجديد كما لا تحتسب الفرقة من عدد الطلقات ، إلا أن في المذهب رواية أخرى عن الإمام أحمد أن طلاق الحاكم يقع بائنا ولا رجعة بعده إلا بعقد جديد[٤].

وأما الفرقة لعدم الإنفاق فهي في المذهب الحنبلي فسخ وقيل إنها طلقة رجعية لكنه قول غير معتمد في المذهب [٥].

أما الخلاف في شروط إرجاع الزوج زوجته بعد الحكم بطلاقها طلاقا رجعياً فنوجزه فيما يلي:

الرأي الأول : أن للزوج الحق في إرجاع زوجته بإرادته ودون التوقف على إذن أحد ودون التوقف على تحقق أي شرط ، كالطلاق الرجعي الصادر من الزوج ذاته بحيث لا يحجر على الزوج في رغبته إرجاع زوجته . وقد اتجه إلى هذا الرأي من أهل العلم الشافعية[٦].

---

[١]- حاشية الدسوقي ص: ٢١٦ ج: ٢ .
[٢]- الحصني ، كفاية الأخيار ص٥٤٦ ،
[٣]- ابن قدامة ، المغني: ج٨ص٥٤٣ .
[٤]- انظر في ذلك :المرداوي ، الإنصاف ص ١٨٩وما بعدها ج٩ ، و ابن قدامة ، المغني:ص٥٤٥ وما بعدها ج٨ .ابن مفلح ، المبدع ص٢٨ ج٨ .
[٥]- المرداوي ، الإنصاف :ص٣٨٣ج٩ .
[٦]- الحصني ، كفاية الأخيار :ص٥٤٦ .

الرأي الثاني : أن الطلاق وان كان رجعيا يملك الزوج فيه إرجاع زوجته دون عقد جديد أو مهر جديد إلا أن هذا الحق مقيد بشروط معينة تحقق الغاية التي تم من أجلها إصدار حكم التفريق حتى لا يخلو الحكم عن فائدة فإذا لم تقترن الرجعة بالشروط المقيدة لها فإنها لا تعتبر وتكون في حكم اللغو لا أثر لها

وقد اتجه من أهل العلم الى هذا الرأي المالكية[١].

و يتفرع على هذا الرأي معرفة ما هي الشروط الواجب توافرها لصحة الرجعة واعتبارها عند المالكية ؟

لقد ذكرنا ان الشروط مقترنة بغاية الحكم ولذا فإن الشروط تختلف من موضوع لآخر وبعد الاستقصاء عن الحالات التي اعتبرها الفقهاء طلاقا رجعياً والمفصل القول فيها في المبحث الأول فان الشروط يمكن حصرها في ثلاث حالات :

الحالة الأولى:

التفريق بطلقة رجعية لعدم الإنفاق سواء للإعسار عن النفقة أو للامتناع عن أدائها ، فإن الشرط الواجب توافره لصحة الرجعة هو الإنفاق الفعلي عن مدة تسبق الرجعة و التعهد بالإنفاق في مدة مستقبلية مجتهد في تحديدها بين الفقهاء .(ونص المالكية أن شرط الرجعة وجود اليسار الذي يقوم بواجب مثلها) [٢]، والسبب في اشتراط هذا الشرط وتقييد حق الرجل فيما يملك من رجعة تحقيق مقصد الحكم بالفرقة فالحكم لم يصدر إلا لعدم النفقة واعتبر رجعيا لإعطاء الزوج فرصة للإنفاق على زوجته خلال العدة فإذا أرجعها دون إنفاق لم يتحقق المقصد الشرعي من الحكم ولذا فلا تصح الرجعة إلا بما يزيل الضرر عن المرأة في ذلك وقد نقل ابن رشد عن مالك قاعدة جوهرية في ذلك قال: (قال مالك كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر، وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارتجع فإن رجعته تعتبر صحتها بيساره)[٣] .

الحالة الثانية :

في التفريق بطلقة رجعية للايلاء لمن اعتبره رجعيا .

والشرط الواجب تحققه هنا لصحة الرجعة هو الوطء حقيقة والسبب في اشتراط هذا الشرط أن الزوج وان حسبت عليه طلقة رجعية فإنه لا يخرج من حكم الإيلاء إلا برجعة حقيقية

---

[١]- ابن عبد البر ، الاستذكار :ص٢٨٦ج٦ ، النفراوي ، الفواكه الدواني : ص٢٤،٣٢ج٢ .
[٢]- النفراوي ، الفواكه الدواني :ص٣٢و٦٨ج٢ .
[٣]- ابن رشد ، بداية المجتهد:ص٧٨ج٢ .

ولذا فيبقى في حكم المولي حتى يجامع ، قال ابن عبد البر : (ولا أعلم أحدا شرط في صحة الرجعة من الإيلاء الجماع إلا مالكا ويجعل الزوج إذا لم يطأ في حكم المولي)[١]

الحالة الثالثة :

عند الحكم بثبوت وجود طلقة رجعية صادرة عن الزوج ذاته أو وكيله فإن الرجعة هنا تكون حقا للرجل ولا يوجد فيها ما يقيدها كالحالتين السابقتين لكن هذه الحالة تنطبق عليها الشروط العامة لصحة الرجعة وهو ان تكون الزوجة ما زالت في العدة لتكون الرجعة خلالها لا بعد انتهائها.

وقد ضمنت هذه الحالة هنا لإزالة الاشتباه في نسبة الطلقة وزمانها فإنها وان ثبتت بحكم القاضي في زمن متأخر عن صدور الطلاق إلا أن آثار الطلقة تترتب من تاريخ صدورها إن ثبتت بالبينة ومن تاريخ الإقرار إن ثبتت بغير البينة وليس من تاريخ صدور الحكم بها[٢] .ولذا فان الرجعة كي تكون صحيحة يجب أن تحصل في العدة وتحسب العدة ابتداء من تاريخ صدور الطلقة من الزوج ، ولذا فإنه في حال عدم معرفة الزوج أو الطرفين بأن ما صدر منه يعتبر طلاقا أو لا ولم يحصل بينهما ما يعتبره الفقهاء رجعة أو في حكم الرجعة حتى انتهت العدة ثم ثبت الطلاق لدى القاضي بعد ذلك فتكون المرأة قد بانت من زوجها ولو ظنا أنهما على رباط الزوجية ويحتاجا إلى تجديد النكاح بينهما إن رغبا في استئناف الحياة الزوجية بينهما .

وهذا الحكم هو ما اعتد به الفقهاء لكن من الناحية القانونية نجد ان بعض القوانين اشترطت للطلاق ان يسجل أمام القاضي أو الموثق ومنعت الزوج من إجراء الطلاق خارج إطار الدوائر المختصة ولم يعترف القانون في تلك الدول بالطلاق غير الموثق[٣] ، وفي هذه الحالة وعلى القول بجواز ذلك فقها في أن يقيد الإمام المباح ويمنع منه سندا للمصلحة فانه لا تترتب الآثار على تلك الطلقة إلا بعد تسجيلها وتثبيتها سواء بواسطة حكم أو بواسطة توثيق ولائي عادي.

المطلب الثاني

احتساب عدد الطلقات

من المجمع عليه بين الفقهاء ان الرجل يملك على زوجه ثلاث طلقات فقط ، إذا اكتملت لا يحل لرجل بعدها المقام مع زوجه إلا أن تنكح زوجا غيره ثم يطلقها أو يموت عنها الثاني فإن رغبت في الرجوع الى الأول بعد ذلك جاز لها بشروط محدده لدى فقهاء المذاهب

---

[١] ابن عبد البر ، الاستذكار :ص٢٨٦ج٦ .

[٢] - محمد قدري ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية :ص٣٢١ ، المرداوي ، الانصاف :ج٩ص٢٩٤ .

[٣] - ومن هذه الدول ليبيا وتونس .

وهذا في حال ان الرجل أوقع الطلاق على المرأة بإرادته . والحالة التي نحن بصددها هي إيقاع الفرقة بواسطة القضاء فهل تفريق القاضي بين الزوجين يأخذ حكم تطليق الزوج دائما بحيث يحسب بين الزوجين فرقة ثم ثانية ثم ثالثة وقد يكون بين الزوجين طلقتان سابقتان على صدور حكم التفريق القضائي فهل الحكم الصادر في مثل هذه الحالة له حكم الطلاق الثلاث البات ؟.

سبق وأن تم بيان آراء الفقهاء من خلال تقسيم نوع الفرقة القضائية إلى فسخ وطلاق كيف اتجه الفقهاء إلى ذلك ورأينا أن مذهب الشافعية والحنابلة يتوسعون في اعتبار الفرقة القضائية فسخا بخلاف الحنفية والمالكية الذين يتوسعون في اعتبارها طلاقا و يمكن أن نستخرج من ذلك حكمين أساسيين في موضوع المطلب :

الحكم الأول: في حال اعتبار الفرقة فسخا

اتفق الفقهاء أن الفرقة إذا كانت فسخا لعقد النكاح بين الزوجين فإنها لا تأخذ أحكام الطلاق من حيث احتساب عدد الطلقات لان الفسخ ليس طلاقا ، وتختلف آثاره عن الطلاق ، فلو فسخ عقد امرأة على رجل مرارا المرة تلو الأخرى بعد أن يجدد في كل مرة لا تحسب عليهم الفسوخ كما تحسب عليهم الطلقات ، ويستطيعان أن يعقدا مرة أخرى وكأنهما يعقدان لأول مرة[١].

الحكم الثاني :

في حال اعتبار الفرقة طلاقا فانها تحتسب من عدد الطلقات المسموح بها بين الزوجين وتسجل عليهما بهذا الوصف وتأخذ حكم طلاق الزوج بإرادته .

ولعل السؤال الذي يتبادر الى الذهن بعد التدقيق في الحالتين لماذا فرق الفقهاء بين الفسخ والطلاق من حيث حساب العدد مع أن كلا من النوعين فرقة بين الزوجين ؟

وعلى الأخذ بما اتفق عليه الفقهاء من التفريق بين الفسخ والطلاق من حيث احتساب العدد فلماذا لم يفرقوا بين طلاق الزوج والتطليق عليه مع أن الزوج لم يطلق بإرادته ولا تلفظ بالطلاق حتى نعده عليه طلاقا ينقص العدد المسموح لديه ؟

وللإجابة على ذلك نحن بحاجة لمعرفة اتجاه التعبد في المسألة مظنة التعليل فيها وما هي العلة في احتساب العدد مع الاتفاق على توقيفه على الثلاث ؟ هل هي كل فرقة أم الفرقة الصادرة عن الزوج فقط أم الصادرة برغبة من أحد طرفي العقد وهذا يعيدنا إلى الآية التي

---

[١]- ابن قدامة ، المغني :ص١٨٢ ج ٨ ، ابن النجار ، منتهى الإرادات :ص١٣٢ج٢ ، الشافعي ، الأم : ص١١٩ ج٥ ابن عابدين ، حاشية رد المحتار:ج٢ص٧١ .

حددت العدد قال تعالى : (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[١] وهذا الأمــر مرتبط جد الارتباط بما تم بحثه في المبحث الأول من هذا الفصل في مناهج الفقهاء في اختيار نوع الفرقة لانه فرع عنه ، فمن اشترط وحصر الطلاق بلفظ الزوج كان التفريق القضائي عنده لا ينقص عدد الطلقات لأنه معتبر من الفسوخ وهذا هو الحكم في الفسوخ .

أما من أجاز للقاضي أن ينوب عن الزوج في التطليق عند امتناعه بعد توجيه الأمر اليه بذلك بحكم الولاية العامة والنيابة الحكمية كان التفريق القضائي بهذا الاعتبار منقصا للطلقات ما دام انه اعتبر طلاقا نيابة عن الزوج وكأن الفقهاء في هذا الجانب اعتبروا النيابة الشرعية فــي هذا الجزء لها كامل الأثر في احتساب الطلقات وقد سبق وان تم بحث معنى النيابة القضائية عن الزوج في الفرقة أو في الطلاق في التكييف الفقهي للتفريق القضائي فيرجع له هناك للتفــصيل في تحديد معنى النيابة ، وهي نيابة كاملة أو جزئية ، والفرق بين النيابة في إجراء العقد والنيابة في فسخ العقد أو تعديله .

ونتيجة ما سبق أن القاعدة في احتساب الفرقة القضائية من عدد الطلقات إنما هو تبــع لنوع الفرقة المحكوم بها فإن كانت الفرقة طلاقا تم احتسابها من عدد الطلقات الكلي وإن كانت الفرقة فسخا للعقد لم تحتسب من عدد الطلقات الكلي والأمر في الترجيح بين الأمــرين محلــه كيفية تحديد نوع الفرقة للوصول إلى الرأي الذي يحد من إنقاص عدد الطلقات كما تم ترجيحه هناك .

---

[١] سورة البقرة الآية رقم (٢٢٩) .

المبحث الثالث

مقتضى الحكم بالتفريق و موجبه

المطلب الأول

تعريف بالمقتضى والموجب والفرق بينهما

المقتضى والموجب والصحة مصطلحات تعرض لها الفقهاء في باب الحكم القضائي باعتبار أن الحكم بها هو من أنواع الحكم القضائي وتفريعاته ، كما ذكر الفقهاء المقتضى مقترنا بالعقد عند بحثهم للشروط التي يقتضيها العقد والتي لا يقتضيها ، وليس مرادنا في هذا المبحث أن نعرض لهذه الأمور من هذه الزاوية ، ولكن الغرض من ذكر المقتضى والموجب في هذه الأطروحة هو علاقتهما بالحكم من حيث النتيجة والأثر ، فإن الحكم القضائي إذا صدر نص فيه على أمور لازمة نصا ودل على أشياء أخرى من باب التبع دون نص ، فالأمور المنصوص عليها في متن الحكم هي أمور محكوم بها جزما ، وذلك للنص عليها ، و أما الأمور غير المنصوص عليها فإنها تتبع اصل الحكم من حيث الأثر إلا أنها تنقسم إلى قسمين قسم هو عبارة عن أحكام بمثابة الأحكام المنصوص عليها وتعتبر من باب المحكوم به ، وقسم آخر لا تعتبر من باب المحكوم به و إنما يدل الحكم عليها من باب الإشارة إليها وتحتاج إلى مطالبة وحكم مستقلين وهذان القسمان رأيت أن أختار لهما عنوان هذا المبحث وهو مقتضى الحكم وموجبه كاصطلاح خاص جمعا بين عدة معان أصولية وفقهية رأيت أنها تؤدي إلى المعنى الذي أريد من هذا القسم وهذا ما سأوضحه في بيان المعنى الاصطلاحي لكل منهما .

المقتضى والموجب لغة :

كلمتا المقتضى والموجب بهذا التصريف ليستا من الاشتقاقات المشهورة الاستعمال عند أهل اللغة ،ولعلنا لا نجد هذا الاشتقاق في قواميس اللغة العامة، ولهذا السبب إذا أردنا البحث عن المعنى اللغوي لهما لا بد أن نرجعهما إلى اصل الاشتقاق ، وجذر كل منهما وهو قضي للمقتضى ووجب للموجب ، ولنرى معنى كل واحدة منهما على حدة .

كلمة (قضي) هي جذر كلمة القضاء ،و لها في اصل اللغة استعمالات كثيرة ، وقد أشرت الى كثير منها عند الحديث عن معنى القضاء وتعريف القاضي ، وهي في الباب الذي نريد تأتي بمعنى الإيجاب والإلزام .

والاشتقاق منها اقتضى والاقتضاء، وهو المطالبة ومنه أيضاً قولهم : هذا يقتضي كذا ومقتضاه كذا[١] ، أما كلمة وجب فمعناها لزم[٢] .

المقتضى والموجب اصطلاحا

إن أفضل ما وجدت لبيان المعنى الاصطلاحي الخاص الذي أريد هنا هو ما حققه ابن عابدين في حاشيته في التفريق بين الموجب والمقتضى حيث قال : (إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء وهو و المقتضى مختلفان خلافا عمن زعم اتحادهما إذ المقتضى لا ينفك ؛فالأول كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع والثاني كالرد بالعيب والموجب أعم لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أو لا)[٣] .

ومن تعريف ابن عابدين للموجب بأنه الأثر المترتب على ذلك الشيء ووصفه له بأنه قد ينفك عن الشيء يمكن تعريف المقتضى بناء على ذلك بأنه الأثر المترتب على ذلك الشيء والذي لا ينفك عنه ونلاحظ هنا أن ابن عابدين وصل إلى هذه النتيجة من خلال ربط الحكم بالعقد فالحكم بصحة عقد معين هو حكم بمقتضيات ذك العقد التي لا تنفك عنه ، وبنفس الوقت لا يكون حكما بموجباته التي قد تنفك عنه ، ومن خلال النظر كذلك فيما ذكره الأصوليون في باب المقتضى وتعريفهم له بأنه الذي يذكر ضرورة مع تعدد أنواع هذه الضرورة كما فصلوا في كتبهم [٤] فمن خلال هذا يمكن أن نعرف مقتضى الحكم بأنه الأثر المترتب على الحكم والذي لا ينفك عنه أما موجب الحكم فهو الأثر المترتب على الحكم والمنفك عنه .

أما شرح التعريفين فكما يلي :

إن الحكم الذي نريد هنا هو الحكم بالتفريق بين الزوجين ، وحكم التفريق له أثار منها آثار لازمة للفرقة لا يمكن أن تنفك عنها ولو لم ينص عليها وهي ما نسميها مقتضيات الفرقة أي آثارها اللازمة .

ومنها آثار ليست لازمة للحكم عند صدوره لكن الحكم مهد طريقها ولولا الحكم لما أمكن الوصول إليها فهي منفكة عن الحكم من جهة لكن الحكم ضرورة للوصول إليها .

مثال الأول : وجوب العدة بالدخول أو الخلوة فإنها لازمة للفرقة بعد الدخول أو الخلوة لا يمكن أن تنفك عن الفرقة فمتى ما حكم القاضي بهذا النوع من الفرقة يكون الحكم تلقائيا بوجوب العدة دون الحاجة إلى مطالبة جديدة أو تجديد خصومة . أما ما ينشأ عن الفرقة من حقوق كنفقة

---

[١]- المناوي ، النعاريف : ص٨٢

[٢]- ابن منظور لسان العرب: ٧٩٣/١ .مادة وجب .

[٣]- ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين : ج٥ ص٣٩٧ .

[٤]- انظر في تعريف المقتضى عند الأصوليين : الجرجاني، التعريفات ص:٢٨٩ ،

العدة فإنها وان كانت العدة من آثار الفرقة إلا أن النفقة الخاصة بها تعتبر أثرا غير لازم لهــا لأنها حق شخصي للمرأة لا يحكم بها إلا بالمطالبة حيث لم تكن مثار خصومة فــي دعــوى التفريق .

فإذا طالبت المرأة بالنفقة قدرت لها وحكم لها بها إذا ثبت استحقاقها لها حال عدم وجــود مــا يمنع الاستحقاق وذلك يكون بحكم جديد غير حكم الفرقة .

وهذا التفصيل يقودنا إلى ضرورة بيان الفرق بين مقتضى الحكم وموجبه على النحــو الآتي :

الفرق الأول – المقتضى لا يحتاج إلى حكم جديد بمضمونه فهو لازم للحكم بالفرقة وتبع لــه ، أما الموجب فإنه يحتاج إلى حكم جديد مستقل .

الفرق الثاني – المقتضى يحكم به دون مطالبة من المدعي لأنه من لوازم الحكم بالفرقة وما كان من اللوازم يثبت تبعا دون مطالبة .

أما الموجب فإنه يحتاج إلى ادعاء ومطالبة ليصح الحكم به إذ لا يحكم لإنسان في حق خالص له دون مطالبة منه ، لأن الحكم دون مطالبة يكون تبرعا من القاضي بالقضاء بين اثنين في شئ لم يتخاصما فيه[١] ، حيث أن الحكم بشيء ما إنما معناه أن يصرح القاضي بــالإلزام بالآثار المترتبة على التصرف موضوع الحكم و أسبابه[٢].

الفرق الثالث – وهو يتعلق بأصول التقاضي الحديثة ومنها :

١–أن الموجب لكي يحكم به بعد المطالبة لا بد فيه من تقاضي رسم جديــد للادعــاء بعكــس المقتضى الذي لا يحتاج إلى ذلك .

٢–الموجب باعتباره بحاجة إلى مطالبة لعدم لازمه للدعوى الأصلية فانه يحتــاج بعــد تجــدد المطالبة به إلى تبليغ جديد للطرف الآخر لأنه يعتبر عنصراً جديدا لم تتضمنه لائحة الــدعوى الأصلية .

[١]– ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين :٣٩٩/٥ .
[٢]– محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ٦٦١ .

المطلب الثاني

مقتضى الحكم بالتفريق

إن لوازم الحكم بالفرقة تختلف من حكم لآخر وبحسب نوع الفرقة ووصـــفها ويمكـــن إجمالها في

أن الحكم بالتفريق بين الزوجين بطلقة بائنة له مقتضيات لازمة له سواء نص عليها في الحكـــم أو لم ينص عليها وهي :

١- وجوب العدة على المرأة وذلك إذا كان هناك دخول أو خلوة بين الزوجين .

٢- عدم جواز الرجعة إلا بعقد جديد ما لم يكن الطلاق ثلاثا .

٣- حل الزوجة بعد انتهاء العدة للأزواج إن كانت من ذوات العدة والحل مباشرة للأزواج إن كانت لا عدة عليها .

٤- وجوب الاعتداد في بيت الزوجية عند من يرى من الفقهاء ذلك .

ووجوب الاعتداد في بيت الزوجية على كل مطلقة من نكاح صحيح هـــو مـــذهب الحنفيـــة[١] والشافعية[٢] ، والمالكية[٣] ولا وجوب عندهم على المعتدة من نكاح فاســـد.وتراعـــى أحـــوال الضرورة في ذلك كما نص عليها الفقهاء .

وخالف الحنابلة في عدة البائن حيث أجازوا لها قضاء العدة حيث شـــاءت إذا كـــان بيتـــا مأمونا، لكن استحبوا لها قضاء العدة في بيت زوجها إن اتسع لذلك بالضوابط الـــشرعية [٤] . ولعله أمر غير متيسر في وقتنا الحاضر لأن طبيعة البيوت لا تسمح بذلك إلا ما ندر في البيوت القديمة الفسيحة التي تقيم بها العائلة كاملة .

٥- وجوب الإحداد على المرأة عند من يرى ذلك من الفقهاء .

٦- سريان الحرمة بين الزوجين في حال الطلاق البائن و الفسخ.

أما فيما يتعلق بالفرقة بطلقة رجعية فمقتضى الحكم بذلك ملك الزوج حق إرجاع الزوجـــة دون عقد جديد أثناء العدة .

---

[١]- الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٣ص٢٠٥ .و ص٢٠٧ .

[٢]- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص٤٠١ .

[٣]- ابن جزي ، القوانين الفقهية :ص١٥٨

[٤]- البهوتي ، كشاف القناع : ج٥ ص٤٣٣ .

المطلب الثالث

موجب الحكم بالتفريق

إن من الآثار غير اللازمة للحكم بالتفريق نشوء بعض الحقوق بين الزوجين أو حلول أجل المطالبة بها ، وهي لا يحكم بها مع الحكم بالتفريق حيث لم تثر الخصومة فيها ويمكن تلخيصها بما يلي :

١- نفقة العدة في حالة وجود العدة وفي حال استحقاق المعتدة لها .

٢- المهر المؤجل للزوجة لحين الطلاق أو الوفاة أو العوض في المخالعة بواسطة الحكمين إذا كان الزوج هو طالب التفريق .

٣- العوض الذي قد يحكم به للزوج في حال التفريق للشقاق والنزاع في حال كان الزوج هو طالب التفريق .

٤- التعويض عن الطلاق ومتعته في الحالات التي تستوجب ذلك فقها وقانونا .

فهذه القضايا إنما تجب لأحد الطرفين بحكم الفرقة أو بانتهاء العدة منه في حال كونه رجعيا . ولا يحكم بها لأحد منهم إلا بمطالبة خاصة استنادا إلى حكم الفرقة حيث تتشكل فيها خصومة جديد يمكن أن يدفع كل واحد منهما دعوى الآخر بحسب مقتضى الحال .

إن هذه الموجبات والمقتضيات كما نرى هي من آثار حكم الفرقة واقتضت طبيعة البحث ذكرها على هذا النحو دون تفصيل إذ التفصيل والشرح فيها وذكر أقوال الفقهاء إنما مكانه المبحث المخصص لذكر آثار الحكم بالفرقة ولعدم التكرار بين المبحثين ذكرت هذه الآثار على هذا النحو والله الموفق .

الفصل الخامس

الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق

هذا الفصل من هذه الدراسة الهدف منه التعرض لبعض القضايا التي تعتبـــر آثـــاراً مباشـــرة للحكم بالفرقة بين الزوجين ، ويتضمن أربعة مباحث كما يلي :

المبحث الأول : المهر

المبحث الثاني : سريان الحكم ظاهرا وباطنا

المبحث الثالث : العود بين الزوجين بعقد جديد

المبحث الرابع : العدة

المبحث الخامس : المتعة

المبحث الأول

المهر

إن المهر يعتبر من الآثار المهمة التي يتعين بيانها بعد الحكم بالتفريق مع أن سبب المهر هو عقد النكاح إلا أن الفرقة تؤثر فيه بحسب نوعها سواء بالتنصيف أو الإسقاط أو الانتقال به من المسمى إلى مهر المثل وغير ذلك من الأحكام ، وسأبحث الأحكام المتعلقة بالمهر من خلال بيان مناهج الفقهاء في ذلك وما عليه العمل في قانوني الأحوال الشخصية الأردني والمغربي وصولا إلى الرأي المختار في المسائل التي سأتناولها بالبحث والدراسة .

المطلب الأول

مناهج الفقهاء فيما يجب من مهر للمرأة في الفرقة

الفرع الأول : منهج الحنفية

المهر يجب عند الحنفية بنفس العقد ويتأكد كله بثلاثة أمور بالدخول أو الخلوة الصحيحة أو الموت ، وإذا تأكد بذلك فإنه لا يحتمل السقوط إلا بالإبراء[١].

المهر بعد الدخول أو الخلوة

ويجب بالدخول لأن الدخول استيفاء للمعقود عليه ، ويجب بالخلوة عملا بقوله تعالى : (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً) (النساء:٢١) . وفسر الحنفية الإفضاء بالخلوة الصحيحة بين الزوجين ، وعملا بالحديث المروي المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم : (من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل)[٢]، وعملا بما كان عليه عمل الخلفاء الراشدين في إيجاب المهر بإرخاء الستور [٣].

ولا يوجد عند الحنفية حالة لإسقاط المهر كله أو بعضه بعد الدخول لأنهم لا يرون جواز التفريق بواسطة الحكمين .

والمهر الواجب عند الحنفية هو المسمى إن كان العقد صحيحا ، وأما إن كان فاسدا فيجب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل بعد الدخول فقط ، لأن المسمى يسقط بفساد العقد ويلجأ إلى التقييم ولا تقوم المنافع المستوفاة بأكثر مما قومها به العاقدان نفسيهما ، ولأن المرأة إن قل المهر عن المثل كان قد سبق منها الرضا به[٤] .

---

[١]- الكاساني ، البدائع : ج٢ص٢٩١ .

[٢]- الحديث : أخرجه الدارقطني في سننه:ج ٣ص ٣٠٧ ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج٧ص٢٥٦ وقال حديث منقطع .

[٣]- الخبر : أخرجه الدارقطني في سننه:ج ٣ص ٣٠٧ .

[٤]- الكاساني ، البدائع : ج٢ص٣٣٥ .

المهر قبل الدخول أو الخلوة [١]

إذا حصلت الفرقة قبل الدخول فإن للمهر تفصيلا ، وأمره مرتبط بتقسيم الحنفية للفرقة ونوعها والجهة المتسببة بها والقاعدة كما يقول الكاساني : (والأصل أن الفرقة إذا جاءت من قبلها فإن كان قبل الدخول بها فلا نفقة لها ولا مهر وإن جاءت من قبله قبل الدخول يجب نصف المسمى إن كان المهر سمي وإن لم يكن تجب المتعة وبعد الدخول يجب كل المهر والنفقة) [٢] .

فإذا كانت أسباب الفرقة مرتبطة بالمرأة من حيث التسبيب أو الاختيار كانت الفرقة فسخا وأغلب حالات الفسخ عند الحنفية مرتبطة بذلك باستثناء ما يتسبب به الرجل ويؤدي إلى وجود الحرمة الدائمة وذلك كردة الزوج [٣] وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة [٤] ، ولذا فهي تتحمل سقوط المهر في جانبها رعاية لذلك ، ولذا فإن المهر يسقط ولا تستحق المرأة شيئا منه ، وسبب ذلك أن الفسخ عند الحنفية الأصل فيه أنه قبل تمام العقد ، وهو رفع للعقد من الأصل وجعله كأنه لم يكن ، وهذا يعني رجوع كل طرف من الأطراف إلى مركزه القانوني قبل العقد.

أما النوع الثاني وهي الفرقة الناتجة عن تسبب الزوج أو اختياره – وهي الفرقة بالتطليق غالبا ما عدا حالات الحرمة المؤبدة كالردة وفعل ما يوجب حرمة المصاهرة – فقد أعطى الحنفية المرأة نصف مهرها في هذا النوع من الفرقة وذلك لأنهم لما جعلوا الفرقة طلاقا لأسباب عائدة إلى الزوج أو إلى اختياره وبموجب النيابة الحكمية المعطاة للقاضي في التطليق فإنهم استتبعوها بالحق المالي فلحق الأثر بمسمى الطلاق بحكمه وهو تنصيف المهر.

وهناك حالة يعفى بها الزوج من المهر مع اعتبارها طلاقا ومع اختيار الزوج فيها وهي فرقة خيار البلوغ ، وقد استشكل الكاساني اعتبار هذه الفرقة طلاقا لا فسخا ، مع أن حكم المهر في هذه الحالة السقوط ، وهذا خلاف القاعدة في المذهب التي ترى أن الفرقة من جهة الزوج تكون فرقة طلاق ويجب بها نصف المهر قبل الدخول ، وقد أجاب على ذلك بأن الخيار المعطى للصغير بعد البلوغ لا بد وأن يكون له فائدة و إلا لم يكن للخيار معنى ، ولا فائدة للصغير في خيار البلوغ سوى سقوط المهر لأنه يملك الطلاق إن أراد [٥] .

[١]- الكاساني ، البدائع : ج٢ص٢٩٥ .
[٢]- الكاساني ، البدائع : ج٢ص٣٣٧
[٣]- الكاساني ، البدائع : ج٢ص٣٣٧ وقد خالف محمد بن الحسن فجعل الفرقة بردة الزوج فرقة طلاق لأنها حصلت بمعنى من قبل الزوج
[٤]- الكاساني ، البدائع : ج٢ص٣٤٠ .
[٥]- الكاساني ، البدائع : ج٢ص٣٣٦ .

الفرع الثاني : منهج المالكية

للمالكية نظرتهم الخاصة للصداق حيث يعتبرونه ركنا ، وهذا قد أثر على حكم المهر عند الفرقة في بعض الحالات .

حكم المهر بعد الدخول أو طول المكث أو الموت

يستقر[١] المهر عند المالكية بثلاثة أمور الدخول ، أو المساكنة بين الزوجين مدة سنة (ويسمى طول المكث) ولو لم يتم الدخول ، كما يستقر المهر بالموت .

والمالكية يحكمون بموت المفقود وهو موت حكمي ، وإذا تم أجل المفقود استحقت المرأة الصداق كاملا وإن لم يدخل بها الزوج[٢] .

والمهر الواجب في العقد الصحيح هو المهر المسمى و الواجب في العقد الفاسد بسبب الصداق بعد الدخول هو مهر المثل[٣] ، وما كان فاسدا لسبب في العقد ذاته فإن الواجب فيه بعد الدخول المهر المسمى [٤].

ولعل هذا عندهم من باب حمل فاسد الشيء على صحيحه في معرفة أحكامه وهو الأكثر عدالة في نظري لأن القول برأي الحنفية قد يكون فيه إجحاف بالزوجة لأنها قد تقبل بأقل من مهر مثلها لغرض في الزواج والأخذ برأي الشافعية كما سيأتي في الفرع الثالث قد يكون فيه إجحاف بالزوج لأنه قد لا يطيق مهر المثل ولم يقبل به ولعله قبل بالزواج على المهر المسمى لغرض عنده بهذا الزواج والله أعلم .

ولا يسقط المهر بعد الدخول عند المالكية إلا بالإبراء أو المخالعة وينبه هنا إلى أن المالكية يجيزون المخالعة الجبرية بواسطة الحكمين (تفريق الحكمين) بسبب الضرر وبها قد تفقد المرأة مهرها أو بعضه من هذا الباب وبمقدار الضرر الذي تسببت به لزوجها بحسب ما يراه الحكمان بعد بحث أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين .

وأما طول المكث فقد ضرب له مثال امرأة العنين إذا مكثت سنة عند زوجها ولم يدخل بها، ثم طلبت الفرقة ، فإنه يفرق بينهما ، ولها مهرها كاملا ، لأنها بحكم المدخول بها لطول مكثها عنده[٥].

---

[١]- ومعنى الاستقرار الأمن من تشطره بالفرقة قبل الدخول أو سقوطه كله بعد الدخول /السيوطي ، الأشباه والنظائر :ص٣٢٦ .
[٢]- القيرواني ، النوادر والزيادات :ج٥ص٢٤٩ .
[٣]- الشنقيطي ، تبيين المسالك :ج٣ص٦١ .
[٤]- القرافي ، الذخيرة :ج٤ص٢١٩ ، المنوفي ، كفاية الطالب الرباني :ط/المدني /القاهرة :ج٣ص١١٢ .
[٥]- الإمام مالك ، المدونة :ج٢ص٢٦٣ ، ابن عبد البر ، الاستذكار :ج٦ص٥٠٧ .

حكم المهر قبل الدخول عند المالكية [١]

١-كل نكاح فسخ لفساد عقده أو صداق قبل الدخول فإن الصداق يسقط فيه ولا يجب للمرأة منه شيء .

٢-الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح قبل الدخول فما كان سببها الزوجة أو ليس لأحد فيه اختيار بالبقاء على العقد بعد وجود موجب الفرقة كالردة مثلا فإنها تسقط المهر ولا شيء للزوجة منه بالفرقة[٢] .

ومن ذلك رد الزوج زوجته لعيب فيها أو ردها الزوج لعيب فيه[٣] ، أو فسخ العقد لتدليسها على الزوج في صفة اشترطها عليها فظهر عدمها[٤] .

٣-الفسوخ التي للزوج فيها سبب مثل ردته هو فللزوجة نصف المهر ، وذلك مثل طلاق القاضي على الزوج لإعساره عن دفع الصداق [٥]

ويقول ابن رشد أن سبب هذا التفصيل هو اعتماد أن حكم المهر وتنصيفه بالطلاق معقول المعنى والعلة فيه هو ما يكون من المرأة من إسقاط حقها لأنها المتسببة في الفرقة[٦] .

الفرع الثالث : منهج الشافعية

يستقر المهر عند الشافعية بالوطء أو الموت فقط ولا أثر للخلوة أو طول المكث على استقراره فإذا تم الوطء أو الموت وجب المهر كاملا للزوجة[٧] .

والواجب للمرأة بعد الدخول أو الموت المهر المسمى إن كان العقد صحيحا ، وأما إن كان فاسدا فإن المهر المسمى يسقط ويجب مكانه مهر المثل بالغا ما بلغ ، وكذلك إذا فسخ العقد لمفسد طارئ فإن المهر المسمى يسقط ويجب مهر المثل وعللوا ذلك بأن الفسخ يستند إلى أصل العقد فيصير الوطء الحاصل كأنه حصل في نكاح فاسد فيعطى حكمه[٨] .

أما حكم المهر قبل الدخول فعلى النحو الآتي:

الفرقة إذا كانت بسبب المرأة كإسلامها أو ردتها يسقط مهرها وذلك لإتلافها المعوض على الزوج قبل تسليمه [٩].

١- ابن رشد ، بداية المجتهد : ج١ص١٨ .
٢- ابن عبد البر،الاستذكار :ج٦ص٧٤-٧٥، عبد الوهاب،التلقين: ج١ص٢٩٠ ، الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ :ج٣ص١٧٢
٣- الدسوقي ، حاشية الدسوقي :ج٢ص٣٠٠ .
٤- الإمام مالك ، المدونة :ج٢ص٢١٢
٥- الدسوقي ، حاشية الدسوقي :ج٢ص٣٠٠
٦- ابن رشد ، بداية المجتهد : ج١ص١٨.
٧- الشيرازي ، المهذب :ج٢ص٥٧ .
٨- الشيرازي ، المهذب :ج٢ص٤٨ .
٩- الشيرازي ، المهذب :ج٢ص٥٨ .

وإذا كانت الفرقة بسبب من الزوج فيكون لها نصف المهر لأنها فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول فأشبهت الطلاق[١] .

وإذا كانت الفرقة بسبب مشترك منهما ففيه وجهان في المذهب سقوط كل المهر أو سقوط نصفه[٢].

والفرقة بسبب العنة في المشهور عند الشافعية أن لا مهر فيها لأنها فسخ قبل الدخول وفي قول يجب نصف المهر وفي قول كله [٣].

الفرع الرابع : منهج الحنابلة

يستقر المهر عند الحنابلة بالوطء أو الموت وفعل الزوج مع زوجه أمرا لا يحل إلا له فإذا تم ذلك وجب المهر كاملا للزوجة .

والواجب للمرأة المهر المسمى إن كان العقد صحيحا ، وأما إن كان فاسدا فإن المهر المسمى يسقط ويجب مكانه مهر المثل بالغا ما بلغ وهذا الذي نص عليه الخرقي وهو ما رجحه ابن مفلح قياسا على حكم فساد الصداق ، وأورد ابن مفلح أن الإمام احمد نص على أن الواجب هو المهر المسمى[٤] .

أما حكم المهر قبل الدخول فعلى النحو الآتي :

اتفق الحنابلة مع الشافعية في حكم المهر قبل الدخول في جعل السبب في سقوطه كله أو نصفه يبنى على كون سبب الفرقة من الزوج أو الزوجة .

وزاد الحنابلة أمرا آخر يتعلق بالشرط مفاده إذا رغبت المرأة في الفراق لعدم تحقق شرط اشترطته على الزوج أنه لا مهر لها وهو أصح الروايتين في المذهب ، وفي رواية أخرى أن لها نصف المهر لأنه المتسبب بالفرقة في عدم تنفيذ شرطها[٥] .

وأما اللعان فإن للحنابلة فيه روايتين بحسب النظر إلى سبب الفرقة فإن نظر إليها من جهة أن الزوج هو المتسبب لأنه القاذف أعطيت نصف مهرها وإن نظر إلى أن المرأة هي المتسببة لأن الفرقة تحصل بعد يمينها و ليس لها المهر قياسا على فسخ العقد بناء على طلبها لعيب في الزوج [٦].

١- المرجع السابق .
٢- المرجع السابق.
٣- النووي روضة الطالبين : ج٥ص٥٣٢ .
٤- ابن مفلح ، المبدع : ج٧ص١٧٢-١٧٣ .
٥- المرداوي ، الانصاف : ج٨ص٢٨٠ .
٦-ابن مفلح ، المبدع ، ج٧ص١٦١

ومن التعليلات اللطيفة التي ذكرها الحنابلة في التفريق في استحقاق المهر أن المرأة إذا كانت طالبة التفريق لضرر لحق بها من زوجها فإن الفرقة ذاتها تكون المزيلة للضرر ولا حاجة بعد ذلك لإعطائها مهرها لأنها رجعت إلى ما بذلته سليما ، وأما الفرقة الحادثة بسبب من الزوج فإنه يحصل للمرأة بها انكسار وضرر فيكون الضرر هنا سببه الفرقة فيجبر هذا الضرر بإعطائها نصف مهرها[١] .

المطلب الثاني

المهر وفق قوانين الأحوال الشخصية

الفرع الأول : المهر وفق قانون الأحوال الشخصية الأردني

أفرد قانون الأحوال الشخصية الأردني فصلا كاملا لبيان أحكام المهر وهو الفصل الثامن منه،ونلخص أحكامه المتعلقة بالفرقة كما يلي :

استقرار المهر

يستقر المهر بالوفاة أو الدخول أو الخلوة[٢] ، وفي العقد الصحيح يجب المسمى ، وفي العقد الفاسد يجب بالدخول فقط الأقل من المسمى أو مهر المثل . وقد أخذ القانون بذلك بما عليه العمل في مذهب أبي حنيفة .

سقوط المهر

يسقط جميع المهر قبل الدخول أو الخلوة إذا جاءت الفرقة بسبب من الزوجة كردتها وإبائها الإسلام أو لعيب في الزوج أو لعيب فيها ، أو بناء على طلب الولي لعدم الكفاءة [٣] . ويلاحظ أن القانون نظر إلى المسبب دون النظر إلى جهة الطلب .

سقوط نصف المهر

يسقط نصف المهر في الفرقة التي يكون السبب فيها الزوج سواء كانت فسخا او طلاقا كالايلاء واللعان والردة وفعل ما يوجب حرمة المصاهرة[٤].

وبخصوص حالات التفريق الأخرى التي تكون بناء على طلب المرأة أو الزوج فيطبق عليها القاعدة من خلال تحقيق المتسبب الأصيل في الفرقة فيتحمل نتيجة تسببه .

---

[١]- المرداوي ، الإنصاف : ج٨ص٢٨٠

[٢]- المادة ٤٨و٥٦ من القانون .

[٣]- انظر المواد ،٤٩ و٥٢ و٥٣ .

[٤]- انظر المادة :٥١ من القانون .

أما حالة الشقاق والنزاع فمآلها إلى المخالعة الجبرية بواسطة الحكمين (تفريق الحكمين) واعتماد القاضي وهي بهذا تختلف عن باقي أنواع الفرقة ، حيث يقدر الحكمان مقدار ما يتحمل كل طرف من المهر سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده[١] .

الفرع الثاني : المهر وفق مدونة الأسرة المغربية

أذكر بداية نصوص المواد ثم أعلق عليها بعد ذلك

المادة ٣٢ نصها : لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء إذا وقع فسخ عقد الزواج ؛و إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج

المادة ٦٠ نصها : يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين.

المادة ١٠٩ نصها : (لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، يحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصدا).

أحكام المواد :

يستقر المهر وتستحقه الزوجة كاملا بحسب المدونة بالبناء أو الموت وأما أحكامه فقد جرت المدونة فيه وفق المذهب المالكي فيما يتعلق بالفساد حيث أوجبت المهر المسمى بالبناء . وأما الفاسد لصداقه فيفسخ قبل البناء دون مهر ولا يفسخ بعد البناء حيث صحح بمهر المثل، وأما حالات سقوط نصف المهر فقد اتجهت المدونة إلى العمل بمبدأ نوع الفرقة فيصلا لمعرفة ما يستحق من المهر فكان الضابط أن العقد الذي يفسخ قبل الدخول لا مهر فيه وإذا أردنا التحقق في ذلك فسنجد أن حالات الفسخ مرتبطة في الأصل بالفساد ولذا فهي بطبيعة الحال لا مهر فيها باستثناء حالة التدليس فهي فسخ لا مهر فيها قبل الدخول وأما بعده ومع الفسخ فإن الزوج يستطيع أن يرجع على من دلس عليه بالعيب .

والضابط الآخر أن باقي الحالات وهي التطليق فيجب فيها نصف المهر قبل الدخول وهي في المدونة جميع حالات التفريق التي لا تتعلق بالفساد حيث انتهجت المدونة الحكم بالتطليق في تلك الحالات ، هذا وقد استثنيت حالة واحدة جعلت طلاقا ولا مهر فيها وهي حالة التفريق للعيب سواء بطلب الزوجة أو الزوج كما نصت المادة ١٠٩ .

---

[١]- انظر المادة ١٣٢.

المطلب الثالث

تحرير الأقوال والاختيار فيها

الفرع الأول : حكم المهر بعد الدخول

من خلال العرض السابق لمناهج الفقهاء في حكم المهر نجد اتفاقا بين الفقهاء على وجوب المهر للزوجة بالفرقة بعد الدخول بها ، باعتبار ذلك أحد أسباب استقرار المهر عندهم حيث لا يسقط بعد ذلك إلا بالإبراء أو المخالعة ، وسواء كانت الفرقة بسبب من الزوج أو الزوجة أو كانا مغلوبين على أمرهما فيها فالحكم سواء ، أن للمرأة المطالبة بمهرها كاملا .

ولكن الوجوب المتفق عليه يقصد به مطلق المهر أما من حيث التفصيل فإن خلافا وقع بين الفقهاء في ماهية المهر الواجب بحسب نوع الفرقة وطبيعتها ، وتحريرا للمسالة أبين فروعها كما يلي :

أولا : إذا حصلت الفرقة بعد الدخول استنادا إلى عقد صحيح ومهر صحيح لأي سبب من الأسباب الموجبة للفرقة المتعلقة بمصلحة أطراف العقد ، فإن المهر الواجب هنا هو المهر المسمى في العقد .

ثانيا : إذا حصلت الفرقة بعد الدخول استنادا إلى عقد فاسد من أصله فقد اختلف الفقهاء في المسألة على أقوال هي :

القول الأول : يجب للمرأة المهر المسمى في العقد وهذا مذهب المالكية فيما كان الفساد فيه بسبب في العقد وهو رواية عند الحنابلة .

القول الثاني : يجب للمرأة مهر المثل بالغا ما بلغ وهذا مذهب الشافعية و الحنابلة وهو قول المالكية إذا كان الفساد لسبب في الصداق .

القول الثالث : يجب للمرأة الأقل من المهر المسمى أو مهر المثل وهذا مذهب الحنفية .

ثالثا : إذا حصلت الفرقة بعد الدخول استناداً إلى عقد ومهر صحيحين لأي سبب من الأسباب الموجبة للفرقة المتعلقة بطروء ما يفسد العقد ، فالفقهاء لم ينظروا إلى فساد العقد في هذه الحالة كمؤثر على المهر ، وحيث جرى الدخول فللمرأة مهرها كاملا ، إلا أن الشافعية جعلوا الفساد الطارئ على العقد الصحيح من حيث أثره على المهر كالفساد المقارن لأن الفسخ يستند إلى اصل العقد عندهم وحكمه وجوب مهر المثل لا المسمى .

الفرع الثاني : حكم المهر بالفرقة قبل الدخول

من خلال الاستعراض السابق لمناهج الفقهاء فإننا نستطيع القول أن فقهاء المذاهب الأربعة نظروا إلى الفرقة وأثرها على المهر نظرة معللة أعملوا فيها المعنى ، ولذا فقد اتجهت أقوالهم في الجملة إلى التفريق بين الفرقة المتسبب فيها الزوج فحملوه نصف المهر، والفرقة المتسبب بها الزوجة فحملوها نتيجة تسببها فأسقطوا كامل مهرها .

وهذه قاعدة عند الجميع وإن جرى الخلاف في بعض الفروع تبعا لتوجيهها .

ولذا ولاتفاق الفقهاء على هذا المنهج النظري أرى أن يطبق بعمومه على كل فرقة قبل الدخول بعد تحقيق مناطها وجهة التسبب بها حتى لا تتخذ الأسباب وسيلة من قبل الزوج للتهرب من الحق الواجب عليه وهو نصف المهر المفروض عليه قبل الدخول بموجب النص القرآني الصريح ، وهذا الأمر يمكن تطبيقه بغض النظر عن نوع الفرقة التي يحكم القاضي بها سواء كانت فسخا أو طلاقا ، ولا حاجة إلى التقيد بما ذهب اليه الحنفية في ربط إسقاط المهر غالبا بما يحكم به فسخا وإيجاب نصف المهر بما يحكم به طلاقا ، حيث سبق وان رجحت أن تكون كل فرقة قضائية من باب الفسخ وليس الطلاق وان لا يتوسع بمفهوم النيابة الحكمية عن الزوج ، وقد وجدت في الفقه متسعا في جعل الفرقة فسخاً ، والله أعلم .

أما ما يتعلق بإلزام الزوج بكامل مهر الزوجة بعد الدخول ولو تم الفسخ لسبب من قبلها فهذا يقتضي تحقيقا في أمرين :

الأول : في العلة التي استند الفقهاء فيها للحكم بذلك وهي أن الزوج قد أفسد على المرأة بضعها وهو المعقود عليه بعد أن سلمته وقاسوا ذلك على أحكام المبيع حيث لا يرد بعد إتلافه ويضمن متلفه ثمنه ، هذا ولم يتطرق الفقهاء إلى إنقاص القيمة فيه و إنما حكموا باعتبار الإتلاف ودون تفريق بين بكر وثيب ، وهل صحيح أن الزوج اتلف ذلك على المرأة وأن المهر هو مقابل بضعها أو حله أو منفعته كما يقولون ، ولعلهم لم ينظروا إلى غير ذلك إلا في حالة التدليس على الزوج بأن وجد في زوجه صفة كان اشترط غيرها ومع ذلك قالوا يجب لها المهر ويرجع الزوج بالمهر على من غره وهو مروي عن عمر رضي الله عنه ، وان كانت هي الغارة رجع عليها .

والثاني : هو التحقيق في النص النبوي الوارد في المسألة والذي استند الفقهاء عليه في إيجاب المهر بمجرد الدخول عن عمرو عن سعيد بن جبير عن بن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين (ثم حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، لا سبيل لك عليها قال يا رسول

الله مالي ؟ قال : لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد لك منها) [١].

وهذا الحديث بعد الرجوع إلى المصادر الحديثية نجد أنه حديث صحيح رواه الإمام مسلم وقد ورد في قصة المتلاعنين حيث أجاب الرسول صلى الله عليه وسلم بما يتساءل به كل طالب للفرقة ، وما مصير مالي الذي دفعته لها للزواج ؟ فجاء الجواب أن هذا المال لها بسبب ما استحللت من فرجها ، إلا أن الحادثة سبب المقال لو دققنا فيها مع الجواب نجد أن الفرقة هنا تمت بسبب من الزوج فهو الذي قذف المرأة بالزنا وجرت الملاعنة على أساس هذا السبب عند العجز عن إثبات الادعاء ولكن النبي عليه السلام قد علل جوابه على سؤال الرجل بما ينفي الاحتمالات فهو قد أفهم الرجل الاحتمالين فالأول صدقه في الاتهام وعندها تكون الفرقة بسبب من المرأة وهو زناها فيكون المهر مع ذلك لها والعلة بما استحل منها ، وان كان كاذبا فيكون السبب في الفرقة ويكون هذا أدعى في حصولها على المهر لاجتماع الأمرين الاستحلال و جهة الفرقة منه وقد أورد ابن حجر عن ابن العربي شارحا : (قال ابن العربي : قوله مالي ، أي الصداق الذي دفعته إليها ، فأجيب بأنك إستوفيته بدخولك عليها وتمكينها لك من نفسها ، ثم أوضح له ذلك بتقسيم مستوعب فقال : إن كنت صادقا فيما ادعيته عليها فقد استوفيت حقك منها قبل ذلك ، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك من مطالبتها ، لئلا تجمع عليها الظلم في عرضها ومطالبتها بمال قبضته منك قبضا صحيحا تستحقه) [٢] ولذا قال ابن حجر بعد ذلك : (ويستفاد من قوله فهو بما استحللت من فرجها أن الملاعنة لو أكذبت نفسها بعد اللعان وأقرت بالزنا وجب عليها الحد لكن لا يسقط مهرها)[٣]. وقال النووي: (استقرار المهر بالدخول من المسائل المجمع عليها) [٤] .

ولكل هذا يتضح لنا أن استحقاق الزوجة المهر بعد الدخول حكم معزز بالدليل الذي لا يمكن تجاوزه ، وأن المهر لا يسقط منه شيء إلا بالإبراء أو المخالعة .

---

[١]- رواه البخاري في صحيحه ج٥ ص٢٠٣٥ ، وروراه مسلم في صحيحه ج٢ص١١٣١ .
[٢]- ابن حجر فتح الباري : ج٩ص٤٥٧ .
[٣]- المرجع السابق .
[٤]- النووي ، شرح صحيح مسلم : ج١٠ص١٢٦ .

المبحث الثاني

سريان الحكم ظاهرا وباطنا

المطلب الأول

مذاهب الفقهاء في سريان الحكم ظاهرا وباطنا

قبل أن نستعرض أقوال الفقهاء ومذاهبهم في سريان حكم الفرقة لا بد وأن نحقق محل الوفاق والنزاع بينهم في المسألة وللوصول إلى ذلك سأبدأ بذكر للصور المحتملة للمسألة ثم أبين ما اتفق عليه منها وما اختلف فيه على النحو الآتي :

المسائل والصور المحتملة في الموضوع :

المسألة الأولى :الحكم بثبوت فرقة سابقة بين الزوجين ، كادعاء المرأة طلاق زوجها لها وانتهاء العدة دون رجعة فهذا له احتمالان :

الأول : صدق البينة التي ثبت بها الحكم ومطابقتها للواقع .

الثاني : كذب البينة التي ثبت بها الحكم ومخالفتها للواقع في نفس الأمر ، كثبوت البينة بشهود زور .

المسألة الثانية : الحكم بفسخ عقد النكاح أو التطليق على الزوج لسبب من الأسباب الموجبة لذلك وهذه المسألة لها عدة صور :

الصورة الأولى : الحكم بالفرقة بناء على سبب من الأسباب المتفق على جواز الفسخ بها، وثبوت هذا السبب بالبينة الصحيحة .

الصورة الثانية : الحكم بالفرقة بناء على سبب من الأسباب المتفق على جواز الفسخ بها، وثبوت السبب ببينة غير صحيحة .

الصورة الثالثة : الحكم بالفرقة بناء على سبب من الأسباب المختلف على جواز الفسخ بها، وثبوت السبب بالبينة الصحيحة .

الصورة الرابعة :الحكم بالفرقة بناء على سبب من الأسباب المختلف على جواز الفسخ بها، وثبوت السبب ببينة غير صحيحة في واقع الأمر .

المسألة الثالثة : الحكم بفساد العقد أو بطلانه من أصله أو لسبب طارئ عليه ، ولهذه المسألة عدة صور هي :

الصورة الأولى : أن يكون الحكم بفساد متفق عليه بين المذاهب ، وثبوت الفساد ببينة صحيحة مطابقة للواقع .

الصورة الثانية : أن يكون الحكم بفساد متفق عليه بين المذاهب ، وثبوت الفساد ببينة كاذبة مخالفة للواقع .

الصورة الثالثة : أن يكون الحكم بفساد العقد بناء على سبب مختلف فيه ، كفعل ما يوجب حرمة المصاهرة بين الزوجين ، وهذه الصورة لها حالتان :

١-أن يثبت سبب الفساد ببينة صحيحة .

٢-أن يثبت سبب الفساد ببينة كاذبة .

تحرير محل النزاع بين الفقهاء

تكاد تكون كلمة الفقهاء مجتمعة على سريان الحكم القضائي بالفرقة ظاهرا بين الزوجين وذلك عملا بالقواعد العامة والخاصة في التقاضي التي تجعل للحكم القضائي حجية ظاهرة واجبة التطبيق احتراما لسيادة القانون ودفعا للتهم بين الناس واستقرارا للمعاملات بين الناس ولعدم وجود ما يدفع الحكم في الظاهر[1] ، أما بخصوص سريان الحكم باطنا فقد اتفق الفقهاء على سريانه في مجموعة من الصور المذكورة واختلفوا على سريانه في مجموعة أخرى ، و بيانها كما يلي:

أولا : الحالات المتفق عليها بين الفقهاء في سريان الحكم فيها ظاهرا وباطنا .

الحالة الأولى : الحكم بثبوت فرقة سابقة بين الزوجين بفعل سابق رافع للعقد ، كالطلاق وانتهاء العدة، وثبوت ذلك ببينة صحيحة كالإقرار المطابق للواقع أو شهادة الشهود المطابقة للواقع .

الحالة الثانية :الحكم بفسخ العقد أو التطليق على الزوج بسبب متفق عليه وثبوت ذلك السبب بالبينة الصحيحة المطابقة للواقع .

الحالة الثالثة : الحكم بفساد العقد أو بطلانه لسبب متفق عليه ، وثبوت السبب المفسد ببينة صحيحة مطابقة للواقع .

الحالة الرابعة : الفرقة باللعان ، يسري الحكم بها ظاهرا وباطنا لأن سبب الفرقة هو ذات اللعان وهو أمر يحصل أمام القاضي وللعلم اليقيني بكذب أحد المتلاعنين ، حيث رتب الشارع الفرقة على الملاعنة ، وليس على سببها ، وهذا الاتفاق على هذه الحالة سببه النص الآمر بالفرقة مع تأكد كذب أحدهما .

ثانيا : الحالات المختلف في سريان الحكم بها باطنا وهي نوعان

النوع الأول : الحالات الثابتة ببينة غير صحيحة ويمكن حصر هذه الحالات فيما يلي :

١- الحكم بثبوت فرقة سابقة بين الزوجين اعتمادا على بينة غير صحيحة مخالفة للواقع.

[1]- البهوتي ، كشاف القناع : ج٦ص٣٥٨

٢- الحكم بفسخ عقد الزواج لسبب متفق عليه اعتمادا على بينة غير صحيحة .

٣- الحكم بفسخ عقد الزواج لسبب مختلف فيه اعتمادا على بينة غير صحيحة .

٤- الحكم بإثبات فساد العقد بين الزوجين لسبب متفق عليه ، وثبوت السبب ببينة غير صحيحة .

٥- الحكم بإثبات فساد العقد لسبب مختلف فيه وثبوت السبب ببينة غير صحيحة .

وهذه الحالات قد جرى الخلاف فيها بين الفقهاء على قولين:

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والصاحبين من الحنفية[٤] إلى أن الحكم في هذه الحالات لا يسري في الباطن مطلقا ، وعلة ذلك أن قضاء القاضي لا يغير صفة الأمر وحقيقته في واقعه ، فإن ثبت لدى القاضي أن الزوج طلق واعتمد الثبوت على بينة كاذبة في حقيقة الأمر ، وحكم بها القاضي عملا بالظاهر ، لم يسر حكمه في الباطن، وبقيت الزوجية قائمة ، وذلك كحكم القاضي بفسخ العقد لغيبة الزوج مثلا ، وثبتت الغيبة بشهادة زور ، فان حكم القاضي بالفرقة لا يسري على الزوجة أو على الزوج باطنا ، وتبقى الزوجية في الحقيقة قائمة .

القول الثاني : ذهب أبو حنيفة[٥] و احمد في رواية عنه[٦] إلى أن الحكم يسري باطنا في الفرقة، لأنها عنده من الفسوخ القابلة للإنشاء من قبل القاضي ، وحكم القاضي وان لم يتفق مع الواقع حقيقة ، إلا أن مجرد الحكم يعتبر في حكم إنشاء الفسخ ، كما لو أنشأه إنشاءً صريحاً، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء ، لأن البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة[٧] .

وقد نقل السرخسي عن الشعبي رحمه الله أن رجلين شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا، وفرق القاضي بينهما ،ثم تزوجها أحد الشاهدين ،ثم رجع عن شهادته ، فلم يفرق بينهما الشعبي ، وبه كان يأخذ أبو حنيفة رحمه الله ،وكان يقول فرقة القاضي جائزة ظاهرا وباطنا، ولا يرد القاضي المرأة إلى زوجها برجوع الشاهدين ، ولا يفرق بينها وبين الزوج الثاني إن كان هو الشاهد ،وخالفه محمد وأبو يوسف في ذلك[٨] .

١- الدسوقي ، حاشية الدسوقي : ج٤ص١٥٧ ، الدردير ، الشرح الكبير :ج٤ص١٥٦ .
٢- الشربيني ، مغني المحتاج :ج٤ص٣٩٧ ،النووي ، روضة الطالبين :ج١١ص١٥٣ .
٣- المرداوي ، الانصاف: ج٩ص٢٩٠ ، المبدع :ج٨ص١٢٩ .
٤- الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٧ص١٥ .
٥- الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٧ص١٥ .
٦-المرداوي، الإنصاف :ج٩ص٢٩٠ ، ابن مفلح ، الفروع :ج٦ص٤٢٦ .
٧- الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٧ص١٥ .
٨- السرخسي ، المبسوط :ج١٦ص١٨٠ .

وقد رجح السرخسي رأي أبي حنيفة في المسألة معللا ذلك بدفع الضرر المترتب على القول بعدم سريان الحكم باطنا وهو تمكين المرأة من زوجين ، واحد في الظاهر وآخر بالباطن، و القول بأنها تؤمر بعدم حلها لأحد فيه ضرر لأنها تبقى كالمعلقة ، وهو منهي عنه شرعا، ثم قال فعرفنا أن الوجه بطريق الفقه ما ذهب اليه أبو حنيفة واتبع فيه عليا وان قضاء القاضي ينفذ، و أنها تحل للثاني بالنكاح الثاني[1].

ولعلي أميل من الناحية العملية إلى ترجيح رأي الإمام أبي حنيفة في سريان الحكم باطنا في أحكام التفريق وذلك للتعليل الذي ذكره السرخسي ، وقد زاد من قوة وترجيح هذا الرأي ما عليه العمل قضاء في القانون الأردني[2] حيث تم إيجاد حلول لما يمكن أن يكون حكما مبنيا على بينة كاذبة في نفس الأمر وذلك بإفساح المجال أمام الطعن في الحكم الصادر بهذه البينة حال اكتشاف التزوير أو الخداع وقد أعطى القانون فترة زمنية محددة لتقديم هذا الطعن الذي إن ثبت فأنه يؤدي إلى فسخ الحكم الصادر وإرجاع الزوجة إلى عقد زوجها الأول ، ولكن هذا الإرجاع يتم بحكم قضائي والحكم الثاني هو الذي يحل للمرأة أن ترجع للأول وهذا ينسجم مع الرأي ذاته الذي نرجحه وهو بقاء الحكم ساريا إلى أن ينقض بحكم آخر لسبب يستوجب النقض، وهذا الأمر أتاح الأخذ برأي أبي حنيفة لوجود نظام قضائي يجيز تعدد الدرجات ويجيز الطعن بالأحكام بحيث يفتح المجال لتصويب الأخطاء إن وجدت في الحكم القضائي ، ويحد من انتشار ظاهرة البينات الكاذبة لعلم أصحابها بعدم جدواها حال اكتشافها ، إضافة إلى العقوبات المقررة على مرتكبيها .

وهذا الذي أرجحه إنما يتعلق بذات العقد لأن التفريق فيه هو من باب الفسوخ ، وأما ما يترتب على حكم القاضي من مسائل وحقوق مالية لحكم التفريق أثر فيها فإن الرأي فيها أن تبقى على حقيقة حكمها وذلك لارتباطها بالأملاك لا بالفسوخ ولذا فإن حكم القاضي الفرقة وإن بني على بينة غير موافقة للواقع في حقيقة الأمر فأرى سريان الفرقة فيها باطنا وبنفس الوقت عدم سريان أثر هذه الفرقة في الحقوق المالية لأن الحق المالي يبقى على حقيقة الأمر فيه ولا يحل حكم القاضي من هذه الأمور شيئا وتبقى على حرمتها .

النوع الثاني : الحالات المستندة إلى سبب مختلف فيه بين الفقهاء وهي :

١-الحكم بفسخ العقد أو التطليق بسبب مختلف فيه وثبوت هذا السبب ببينة صحيحة .

٢-الحكم بفساد العقد بسبب مختلف فيه وثبوت هذا السبب ببينة صحيحة .

---

[1] - السرخسي ، المبسوط :ج١٦ص١٨٤ .

[2] - انظر قانون أصول المحاكمات الشرعية المواد ١٥٣ وما بعدها .

في هذه الحالات البينة المقدمة للقاضي بينة صحيحة تطابق الواقع فهي في الظاهر والباطن سواء ، لكن السبب الموجب للفرقة مختلف فيه بين الفقهاء كالتفريق استنادا إلى عجز الزوج عن الإنفاق أو التفريق استنادا إلى معاشرة الزوج والدة زوجته وغير ذلك من أسباب مختلف فيها تم بيانها في موضعها[١] ، فهل الحكم بالفرقة من قبل القاضي سندا لهذه الأسباب المختلف فيها يسري ظاهراً و باطناً على المخالف ، وبمعنى آخر هل يرفع الحكم الخلاف في هذه المسألة فيحل المرأة لغيرها ويجيز لها الحقوق التبعية ، وتحرم على زوجها أم لا ؟ .
وأما بيان آراء الفقهاء في المسألة فأعرضه على النحو الآتي :

رأي الحنفية

القاعدة عند الحنفية أن المسائل المجتهد فيها فإن قضاء القاضي فيها يرفع الخلاف ، لأن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد وأنه لا يجوز نقضه ، لأنه لو جاز نقضه برفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول لأدى ذلك إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً ، والمنازعة سبب الفساد وما أدى إلى الفساد فساد [٢] .

رأي المالكية

ذكر الدسوقي في حاشيته قال: (ما باطنه كظاهره إن حكم به كان حكمه رافعا للخلاف، ومحلا للحرام على مذهب خلافه ، ولو كان المخالف فيه حكم بالشاذ ، ومثاله حكم الشافعي بحل المبتوتة بوطء الصغير)[٣] .
وقال الدردير في الشرح الكبير : (فإذا حكم بفسخ عقد أو صحته لكونه يرى ذلك ، لم يجز لقاض غيره ولا له نقضه ، ولا يجوز لمفت علم بحكمه –أي حكم القاضي –أن يفتي بخلافه، وهذا في الخلاف المعتبر بين العلماء ، و أما ما ضعف مدركه بأن خالف نصا أو جلي قياس أو إجماع فينقض)[٤] .

و هذا الرأي عند المالكية ينسجم مع اصل مهم من أصولهم وهو مراعاة الخلاف ، حيث يراعون في فتاواهم بحسب شروط معينة خلاف غيرهم إن كان خلافا معتبرا و خاصة في موضوع النكاح .

---
[١]- في الفصل الثاني من هذه الرسالة .
[٢]- الكاساني ، بدائع الصنائع : ج٧ ص ١٤ .
[٣]- الدسوقي ، حاشية الدسوقي : ج٤ ص١٥٧ .
[٤]- الدردير ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج٤ص١٥٦ (طبعة دار إحياء الكتب العربية) .

رأي الشافعية

قال الشربيني : (أما إذا استحسن الشيء لدليل يقوم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، فيجب متابعته ، ولا ينقض ، ولو قضى بصحة النكاح بلا ولي لم ينقض حكمه ، كمعظم المسائل المختلف فيها) [1] .

و الضابط عند الشافعية[2] هو أن يكون الخلاف مستندا إلى دليل يرونه قويا وهذا قد يجعل من بعض أسباب الفرقة محل نقض تبعا للحكم على دليل اعتمادها ومثال ذلك : قال الشربيني : (ولو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين ومدة العدة.....نقض قضاؤه ، وذلك لأنه استحسان فاسد لمخالفته القياس الجلي في جعل المفقود ميتا مطلقا أو حيا كذلك في الأولى ، والحاكم المخالف جعله فيها ميتا في النكاح دون المال) [3] .

و علق النووي في الروضة أن فيه وجهين : الأول وهو ما سبق بيانه من أن الحكم ينقض والوجه الثاني لا ينقض ، قال : وقال الروياني هذا هو الأصح لأنه من الاجتهاديات [4] .

والقول الفصل عند الشافعية ما ذكره بعد ذلك النووي قائلا (الضرب الثاني الإنشاءات كالتفريق بين المتلاعنين وفسخ النكاح بالعيب ونحو ذلك فان ترتب على أصل كاذب بان فسخ لعيب قامت به شهادة زور فهو الضرب الأول –أي في عدم وقوعه لا باطنا– وان ترتب على اصل صادق فان لم تكن في محل اختلاف المجتهدين نفذ ظاهرا وباطنا ، وان كان مختلفا فيه نفذ ظاهرا ، وفي الباطن أوجه ، أصحها عند جماعة منهم أبو عاصم ، النفوذ مطلقا ، لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع ، الثاني المنع وبه قال الأستاذ أبو إسحاق واختاره الغزالي)[5] .

رأي الحنابلة

تلخص المذهب عند الحنابلة في أن الحكم في المسائل المجتهد فيها يرفع الخلاف مطلقا [6]، وخالف في ذلك ابن الخطاب ورأى أن حكم الحاكم لا يرفع الخلاف [7].

خلاصة الآراء الفقهية

نستطيع القول بعد كل ذلك أن رأي الجمهور من الفقهاء هو أن حكم القاضي يرفع الخلاف إذا كان يستند إلى دليل ، وقد خالف في ذلك وحكم بعدم سريان الحكم باطنا كأصل عام

---

[1]- الشربيني مغني المحتاج :ج٤ص٢٩٧ .

[2]- الشرواني ، حواشي الشرواني ، ج١٠ص١٤٥ ،الشربيني مغني المحتاج :ج٤ص٢٩٧ .

[3]- لأن من حكم بوفاته حكم بذلك من أجل رفع الضرر عن الزوجة أما بخصوص المال فلم يحكموا بتوريث ماله ما لم تنقضي فترة التعمير

[4]- النووي ، روضة الطالبين :ج١١ص١٥٢ .

[5]- النووي ، روضة الطالبين :ج١١ص١٥٣ .

[6]- المرداوي ، الانصاف : ج١١ص٣١٢ ، ابن يوسف ، دليل الطالب : ج١ص٣٤٠ .

[7]- ابن ضويان ، منار السبيل : ج٢ص٤١٧ ، المرداوي ، الانصاف : ج١١ص٣١٢ .

أبو إسحاق و الغزالي من الشافعية[1] وأبو الخطاب من الحنابلة ونصره بعض الحنابلة معللين ذلك بان القاضي يحكم له بما لا يستحله ، فكيف يلزمه شيء ولا يلزمه فيجتمع الضدان [2].

والذي يترجح لي ما ذهب اليه الجمهور من رفع الخلاف وسريانه ظاهرا وباطنا وذلك لصحة البينة التي استند إليها القاضي في حكمه ، واستقرارا للأحكام فإننا في الفروع الفقهية لا نكاد نجد مسألة إلا وفيها نوع خلاف في أصلها أو فرعها أو في صورة منها، وجمع الناس على مذهب واحد لا يمكن تحقيقه ، كما أننا لا يمكن أن نترك الناس يرجعون في أحكامهم التي يترتب عليها حقوق للغير إلى حكم أنفسهم ، لأن ذلك لا يجعل لفصل القضاء فائدة أو نفعا ويؤدي إلى اضطراب الأحكام والتصرفات ، وهذا هو ما ذهب اليه الزيدية قال المرتضى : (ومتى حكم الحاكم بصحته لا ينفسخ لرفع الحاكم الخلاف)[3] .

المطلب الثاني

سريان الحكم وفق القانون

هذه المسالة من المسائل التي يتعاطى معها القانون من خلال المراد من القانون وفلسفته العامة في التطبيق والقضية فيه في اتجاهين :

الأول : ما يتعلق بسريان الحكم ظاهرا وباطنا فالقانون يوجب نفاذ حكم القاضي المستكمل للشروط والقطعي الدرجة ، بحيث لا يجوز مخالفته أو عدم تنفيذه عند الطلب ، وهذا الأصل في التقنينات الحديثة ، والمقنن يختار رأيا فقهيا معينا يصبح هو المرجع للقضاة في أحكامهم وينص على المرجع في الحالات غير المنصوص عليها كما هو الحال في قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث اختار مجموعة من الأحكام الخاصة بالتفريق من مذاهب الفقهاء المختلفة ثم أحال إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة في غير المنصوص عليه [4] ،

وكأي قانون يصدر تم تحديد الجهة المسؤولة عن التنفيذ كما نصت المادة ١٨٧ من القانون أن رئيس الوزراء والوزراء مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون . ويتم التنفيذ بموجب قانون خاص يسمى قانون التنفيذ يوضح فيه الأحكام الخاصة بإجراءات التنفيذ .

الثاني : ما يتعلق بنفاذ الحكم باطنا فإن القانون لا يتعرض بالنص على مثل ذلك لأن هذا يعتبر من الأحكام الذاتية غير العملية وغير الظاهرة ولا يمكن ضبطها أو تقييدها ، فهي ترجع إلى اعتقاد الشخص ذاته .

---

[1]- النووي ، روضة الطالبين :ج١١ص١٥٢ ،
[2]- ابن ضويان ، منار السبيل : ج٢ص٤١٧ ، المرداوي ، الانصاف : ج١١ص٣١٢ .
[3]- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ١٢١.
[4]- المادة ١٨٣ من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

المبحث الثالث

العود بين الزوجين بعقد جديد

المطلب الأول

معنى العود

مصطلح العود بين الزوجين اخترته للتفريق بين الحالة التي سأبحثها في هذا المطلب وحالة الرجعة التي ستكون ضمن المبحث الرابع

وأعني بالعود بين الزوجين هو أن يجدد الزوجان النكاح بينهما بعقد جديد غير العقد الأول الذي تم التفريق بينهما على أساسه

وبناء على ذلك فان مفهوم العود لا بد وان يتحقق فيه سبق وجود عقد زواج بين رجل وامرأة، وحصول حادثة فرقة بينهما ، ورغبتهما مجدداً في إجراء عقد نكاحهما بعد حصول تلك الفرقة .

وهذه الرغبة بتجديد العقد لها أحكام مختلفة في الفقه الإسلامي بعد الحكم بثبوت الفرقة الأولى، وذلك تبعا لحالة الفرقة ، وسببها وهو ما سنفصله في المطلبين القادمين

المطلب الثاني

الحالات التي لا يجوز فيها العود بين الزوجين

إن الفرقة الحاصلة بين الزوجين بواسطة القضاء هي فرقة مسببة ، وتبعا للأسباب التي سبق بحثها فإنها تنحصر في ما يلي :

١- أسباب تتعلق بفساد العقد أو بطلانه لتخلف شرط من شروط الصحة فيه .

٢- أسباب تتعلق بفساد العقد لعدم قابلية المحل له ، سواء كانت عدم القابلية لأمر دائم أو مؤقت .

٣- أسباب تتعلق بالحالة الشخصية الاختيارية[١] للزوج أو الزوجة أو الولي .

٤- أسباب تتعلق بطروء ما يرفع الحل بين الزوجين بعد أن كان عقدهما صحيحا وهو أمران ، طروء طلاق رافع الحل ، أو طروء سبب يفسده .

---

[١]- يقصد بالحالة الشخصية الاختيارية ما يرجع الحكم والاختيار فيه إلى الشخص لأنه الأقدر على تقرير مصلحته وتحمل نتائج اختياره وذلك في الحالات التي تكون الفرقة فيها غير واجبة كالتفريق للعيب وعدم النفقة والضرر والغياب ومخالفة الشرط وهذه الحالات قد تختلف من شخص لآخر فقد يرى شخص أن الفضل له في بقاء العقد بينما يرى آخر تعرض لنفس الحالة أن الفضل له فسخ العقد ولذا فإن الشخص لا يلزم بأمر من هذه الأمور ويترك القرار له في السير في الدعوى أو تركها .

وهذه الحالات بمجملها يترتب على تنوعها اختلاف في حكم عودة الزوجين إلى بعضهما بعقد جديد بعد صدور حكم الفرقة ، و إذا أردنا أن نبين الأسباب التي لا تجيز العود بين الزوجين من غير اعتبار لأي تراض بينهما على ذلك فيمكن تحديدها بما يلي :

١- الفرقة التي تمت بناء على أسباب تتعلق بفساد العقد لعدم قابلية المحل على الدوام فهذه الأسباب لا تحل للزوجين العود بينهما وذلك بصورة دائمة ، لأن المرأة في هذه الحالة قد أخذت صفة المحرمة تأبيدا على هذا الرجل ، وهي صفة في المرأة لا تنفك عنها بسبب من الأسباب لا قبل العقد الأول ولا بعده ، وهذا السبب هو الذي جعل عقدها الأول على هذا الرجل باطلا واجب التفريق ، فيستصحب الحكم فيما بعد لوجود علته ولا يكون قابلا للتغيير . والحالات الخاضعة لهذا السبب هي كون المرأة من محارم الرجل بسبب النسب أو المصاهرة أو الرضاع ، وهذا الحكم متفق عليه بين جميع الفقهاء ليس فيه مخالف .

٢- الفرقة المتعلقة بأسباب خاصة بطروء أمر على العقد أفسده وجعل المرأة من المحرمات المؤبدة على الزوج[١] ، وهذه الحالة تتمثل في صور منها ما تتعلق بزواج الصغار ، وهي إذا تزوج الرجل صغيرة فأرضعتها أمه، فقد صارت الزوجة الصغيرة أختاً له في الرضاع ، و هذا يفسد العقد بعد ذلك على الدوام ، والصورة الثانية وهي أن يفعل أحد الزوجين فعلا يوجب حرمة المصاهرة بينهما ، كأن يزني الرجل بأم زوجته ، أو تزني المرأة بابن زوجها من غيرها . فهذه الأفعال إن طرأت على العقد الصحيح تحيل المرأة من صفة الحل إلى محرمة على زوجها على وجه التأبيد ، فلا تحل له من بعد أبداً ، وهذا الحكم هو على قول الحنفية[٢] وابن القاسم من المالكية [٣] والحنابلة [٤]الذين يرون انتشار الحرمة بالوطء الحرام في حين لا يرى الشافعية [٥] ذلك.

أما الصورة الثالثة فهي حصول اللعان بين الزوجين عند الفقهاء الذين حكموا بالحرمة المؤبدة فيه ، وان اختلفوا في موجب الحرمة ،وهم المالكية(٦) والفرقة عندهم تحصل بمجرد لعان

---

[١]- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص ١٧٩ .
[٢]- المرغيناني ،الهداية شرح البداية :ج١ص١٩٣ ،الكاساني،البدائع:ج٢ص٢٦١
[٣]- الحطاب،مواهب الجليل :ج٣ص٤٦٢، وانظر الدردير،الشرح الكبير حيث رجح انتشار الحرمة :٢٥١/٢.
[٤]- ابن قدامة ،المغني:ج٧ص٤٨٢ ، البهوتي،كشاف القناع:ج٥ص٧٢
[٥]- الغزالي، الوسيط:ج٥ص١٠٦،١٠٨ ، الشربيني ، مغني المحتاج:ج٣ص١٧٤
[٦]- الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٤٦٧ .

الزوجة[١] ووافقهم الظاهرية[٢] على ذلك و الشافعية[٣] تكون الحرمة مؤبدة عندهم بلعان الزوج فقط ، ولا يشترط لها حكم القاضي أو لعان المرأة ، فإذا لاعن الزوج حرمت عليه زوجته مؤبدا، و الحنابلة[٤] تكون الحرمة عندهم على التأبيد إلا أنهم يثبتون الفرقة بتمام التلاعن من الزوجين، ولا يحلان لبعض بعد ذلك ولو أكذب الزوج نفسه، وأما عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن [٥] فيترتب على اللعان طلاق بائن بتفريق القاضي وإذا أكذب الزوج نفسه حلت له بعقد جديد ، وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق وإنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة [٦] .

٣-الفرقة المرتبطة بسبب من أسباب المحرمية المؤقتة فلا يحل للزوجين الارتباط مجددا بوجود هذه الحرمة ما لم تنقض ، فإذا انقضى السبب حل لهما العقد ومن أمثلة ذلك :

حرمة الجمع بين الأختين فإذا تم التفريق لهذا السبب لم يجز للزوج العود لها ما لم يطلق أختها أو تموت وهكذا في كل من يحرم الجمع بينهن من النساء ، ومن الحرمة المؤقته كذلك من كانت معتدة فإنها تبقى على حرمة النكاح حتى تنقضي عدتها وقد حكم المالكية[٧] في هذه المسألة بخلاف قول الجمهور حيث حرموا المنكوحة في العدة على ناكحها ولو بعد انتهاء العدة وجعلوها حرمة مؤبدة .

وقد كان حكم القانون في هذه الحالات واضحا حيث نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على حرمة العود بين الزوجين لوجود السبب المحرم لذلك وذلك من خلال المادة ٤٣من القانون التي نصت على منع بقاء الزوجين على النكاح الفاسد والباطل ويفهم من هذه المادة أن الطرفين إذا وجد فيهما ما يمنع استمرار النكاح ، فإن ذلك يمنع ابتداء العقد بينهما وقد حددت المادة ٣٣ والمادة ٣٤ أسباب اعتبار الزواج فاسدا أو باطلا .

---

[١]- الدردير ، الشرح الكبير :ج٢ص٤٦٧ .
[٢]- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص١٤٤
[٣]- الحصني ، كفاية الأخيار:ص٥٥٧ . الشربيني ، مغني المحتاج :ج٣ ص٣٨٠ .
[٤]- ابن النجار ، منتهى الارادات :ج٢ص١٩٨ . ابن مفلح ، المبدع : ج٨ص٩٢ .
[٥]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص ١٦٩ . ولذا اشترط الحنفية تفريق القاضي حيث أن الفرقة لا تتم بمجرد اللعان .
[٦]- الكاساني ، البدائع : ج٣ص٢٤٥ .
[٧]- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٣٧ .

المطلب الثالث

الحالات التي يجوز فيها العود بين الزوجين

وهي الحالات التي تكون فيها الفرقة قد بنيت على فساد في العقد بسبب الحرمة المؤقتة أو لطروء الحرمة المؤقتة أو رفع الحل المؤقت على العقد إذا زال سبب التحريم ، لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع

كما يتعلق بالحالات التي تكون فيها الفرقة بنيت على أسباب من الحقوق الشخصية بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو الولي ولا تعلق لها بحق الله كالفرقة المبنية على عدم الكفاءة أو وجود العيوب المجيزة للفرقة أو للضرر ، أو لأسباب أدت إلى فساد العقد لتخلف شرط من شروط صحته التي لا تتعلق بقابلية المحل للعقد على سبيل الدوام وذلك مثل التفريق لتخلف شرط الإشهاد أو شرط الولي .

وهذه الحالات يمكن تقسيمها إلى فئتين

الفئة الأولى :

فرقة يمكن للزوجين أن يجددا عقد نكاحهما دون شروط معينة خاصة غير الشروط العامة في كل عقد ، وذلك في حال كانت الفرقة بناء على طلب الزوج أو الزوجة أو الولي لحق شخصي لكل واحد منهم ، بحيث كان يمكن عدم التفريق لو قبل الطرف الآخر بالأمر ولم يدعي به لدى القضاء ، وهذا كالفرقة بسبب الإعسار بالنفقة قبل الدخول أو المهر أو الفرقة للعيوب أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة ،وما شابه ذلك من أسباب [(١)].

الفئة الثانية :

وهي الحالات التي يشترط للعود فيها انتفاء السبب الذي كان سبباً في الفرقة بين الزوجين كما يلي :

أولا : إذا كانت الفرقة تمت بناءً على فساد في العقد لتخلف شرط من شروط صحته ، فان العقد الجديد بين الزوجين يتطلب استدراك هذا الشرط ومثاله :

التفريق بين الزوجين لحصول العقد بينهما دون شهود يمكن للطرفين العود مجددا بعقد جديد يحضره شهود معتبرون ، وهكذا الأمر في كل شرط تخلف يمكن تداركه بالعقد الجديد .

---

[١]- البهوتي ، كشاف القناع : ج ٥ ص٧٤ (طبعة دار الكتب العلمية) .

ومن أنواعه نكاح المريض وما نفي أو فسد صداقه عند المالكية ، ونكاح الشغار ، والتحليل، وبلا ولي ، ونكاح المحرم ، ونكاح السر ، وذلك عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة[١].

ثانيا : إذا كانت الفرقة تمت بسبب فساد في العقد لعدم قابلية المحل مؤقتاً ، فان العود بين الزوجين في هذه الحالة يمكن إذا زال السبب الذي كانت به المرأة محرمة على هذا الرجل بالذات ، وهذه الأسباب هي :

١- زوجة الغير – يكون شرط العود بطلاقها من زوجها أو موته وانتهاء عدتها منه .
٢- معتدة الغير – والشرط انتهاء العدة ، وهذا عند جمهور الفقهاء[٢] ، إلا أن المالكية لا يرون جواز العود لمن نكح امرأة معتدة ، لان تزوج المعتدة يحرمها عليه على التأبيد[٣].
٣- من تزوج الخامسة جاز له تجديد العقد عليها بطلاق إحدى الأربع وانتهاء عدتها أو موت واحدة منهن ، واشترط فريق من الفقهاء انتهاء العدة من كل فرقة بينهما وهو ما ذهب اليه الحنفية [٤] و الحنابلة[٥] و اكتفى فريق بانتهاء عدة الرجعي فقط وهو ما ذهب اليه المالكية[٦] والشافعية [٧] ، وقد أخذ القانون بالرأي الأول وهو اشتراط انتهاء العدة مطلقا [٨] .
٤- من تزوج امرأة على أخرى لا يحل الجمع بينهما – جاز له العود عليها بعد أن يطلق الأولى أو تموت وتنتهي عدتها[٩].
٥- زواج الخامسة في عدة الرابعة ، وجواز العود مرتبط بانتهاء عدة الرابعة على الخلاف في نوع العدة من رجعي أو بائن [١٠].
٦- الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين أو ردتهما معا ، وهي فرقة سببها طروء الحرمة، وجواز العود بينهما مرتبط برجوعهما إلى الإسلام أو المرتد منهما[١١] .

١- انظر تفصيل ذلك وأمثلته في الفصل الثاني من الرسالة المبحث الرابع في مناهج الفقهاء في العقد الفاسد .
٢- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٦٨ طبعة دار الكتب العلمية ، ابن قدامة ، المغني : ج٧ ص ١١٣ طبعة إحياء التراث .
٣- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٣٧ .
٤- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٦٣ طبعة دار الكتب العلمية .
٥- ابن قدامة ، المغني : ج٧ ص ٦٧ طبعة إحياء التراث
٦- القاضي عبد الوهاب ، التلقين : ص ٩٢ (الطبعة المغربية) .
٧- الغزالي ، الوسيط : ج٥ ص ١١٠ .
٨- المادة ٢٧ و ٢٨ من قانون الأحوال الشخصية الأردني .
٩- وهذه الحالة لها نفس أحكام الحالة السابقة انظر نفس المراجع .
١٠- وهذه الحالة لها نفس أحكام الحالة السابقة انظر نفس المراجع .
١١- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٧٠ طبعة دار الكتب العلمية ، الغزالي ، الوسيط : ج٥ ص ١٣٠.

٧- الفرقة بسبب الإباء عن الإسلام ويكون جواز العود مشروطاً بالإسلام لمن كان ممتنعا عنه إلا إذا كانت الزوجة وثنية وأسلم الزوج فلها الخيار للعود لنكاح الزوج إما أن تسلم أو تنتقل إلى ديانة أهل الكتاب ، وانتقال الكتابية من دين كتابي لآخر لا يضر عند الحنفية[١] بينما يلزمها الشافعي أن تسلم أو تعود إلى ديانتها [٢].

٨- وهناك حالة خاصة وهي الفرقة بسبب اللعان فان الخلاف فيها متفرع على القول بنوع الفرقة هل هي مؤبدة أو غير مؤبدة ؟ فمن قال هي غير مؤبدة اشترط لجواز العود بين الزوجين بعده أن يكذب الرجل نفسه فيما ادعاه من القذف على زوجته بالزنا ، أو نفي نسب الولد ، وقد ذهب إلى هذا من أهل العلم أبو حنيفة ومحمد بن الحسن[٣] .

٩- الفرقة التي سببها ثبوت الطلاق البائن بينونة كبرى بين الزوجين ، فشرط العود بينهما أن تنكح المرأة زوجا آخر[٤] ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهي عدتها ، واشترط الإمام مالك عدم كونه للتحليل ، فإذا تزوجت نكاح تحليل فهو فاسد عنده لا تحل به للأول [٥] .

وبخصوص القانون الأردني فإنه لا يخرج عن الفهم الفقهي العام في جواز تجديد العقد بعد إزالة المانع الذي تم التفريق لأجله إذا كان مانعا مؤقتا وأما الموانع المؤقتة في القانون فهي ما تم النص عليها في المواد ٢٧ –٣١ من قانون الأحوال الشخصية ، وهي أن تكون المرأة في عقد الغير أو معتدة منه ، و الزيادة على أربع زوجات أو معتدات أيا كانت العدة من رجعي أو بائن أو فسخ ، والزواج من ذات محرم لمطلقته ما دامت في العدة ، والزواج من المطلقة بائنا كبرى منه ما لم تنكح زوجا غيره وتنقضي عدتها من الثاني ، والحرمة بسبب الجمع فيما لا يجوز الجمع بينهن ، والقاعدة فيهن أن تفرض واحدة ذكرا وينظر في حكم زواجهما ، فإن منع كان تحريم الجمع هو الحكم فيهما .

ومن الحالات التي نص على جوازها القانون حالة الفساد بسبب صغر السن حيث أبطل الخيار بالفرقة إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملا أو كان الطرفان قد اكتملت أهلية الزواج عندهما ، ولذا فحصول الفرقة بهذا السبب لا يمنع العود بينهما بعقد جديد بعد اكتمال الأهلية إذا حصلت الفرقة وهما دون السن الذي حدده القانون للزواج .

---

[١]- الكاساني ، البدائع : ج٢ ص ٢٣٨ طبعة دار الكتب العلمية .
[٢]- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ص١٩٠
[٣]- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص ١٦٩ .
[٤]- وهذا النكاح لا بد أن يكون صحيحا ليصح التحليل به انظر الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ص١٨٢ ، القاضي عبد الوهاب ، التلقين ص ٩٤ (الطبعة المغربية) .
[٥]- ابن رشد ، بداية المجتهد :ج٢ص٦٥ ، القاضي عبد الوهاب ، التلقين : ص ٩٣و ٩٤ (الطبعة المغربية) .

المطلب الرابع

أحكام طلب التفريق بعد العود

صورة المسألة

أن يجري عقد ين رجل وامرأة ثم يصدر حكم قضائي بينهما بالفرقة لأي سبب من الأسباب الموجبة له ، ثم يعملان على تجديد العقد بينهما وبعد العقد الثاني يتقدم أحد الأطراف إلى القضاء مرة أخرى في دعوى تفريق ، فهل يمكن التفريق بينهما مرة أخرى قضائيا مع سبق صدور فرقة قضائية بينهما .

هذه الصورة الحكم فيها يختلف بحسب الجهة التي تتقدم للقضاء والسبب المطلوب التفريق بناء عليه ، ويمكن أن نحصر الحالات وأحكامها بعدة ضوابط كما يلي :

الضابط الأول :

إذا كان السبب الذي يدعي به أحد الأطراف أمام القضاء للتفريق بناء عليه هو غير السبب الذي تمت الفرقة الأولى سندا عليه ، وكان سببا صحيحا موجبا للفرقة فانه لا إشكال في جواز طلب هذه الفرقة ومن ثم صدور حكم جديد بالفرقة بينهما بناء على ذلك ، ومثال ذلك : الحكم بالفرقة لعدم قدرة الزوج على الإنفاق ، وبعد تجديد العقد تطلب الزوجة التفريق للهجر فلا ينظر للسبب الأول كمانع من طلب الفرقة لمغايرته للسبب الأول .

الضابط الثاني :

إذا كان السبب الذي يدعي به أحد الأطراف أمام القضاء للتفريق هو السبب ذاته الذي تم التفريق بناء عليه فهذه الحالة تنقسم إلى قسمين :

الأول : أن يكون السبب يتعلق به حق الله تعالى ، ويكون العقد واجب التفريق ، وهذا مما يجب التفريق به ولو تكرر مرة تلو مرة ، حيث لا يحل للزوجين الاجتماع بوجوده ، كتجديد الزوجين عقدهما مرة أخرى واقترانه بنفس السبب الذي أفسده في المرة الأولى دون تلاف للسبب أو انتفائه ، وذلك كالنكاح دون شهود للمرة الثانية بعد التفريق .

الثاني : أن لا يكون سبب التفريق يتعلق به حق من حقوق الله في الحل والحرمة ، ويكون عائداً إلى حق شخصي لطرف من أطراف العقد الزوج و الزوجة أو الولي ، فهذا حكمه يختلف بحسب الجهة ؛

فإذا كانت الجهة المطالبة به مختلفة كحصول التفريق لعيب في المرأة بطلب من الزوج، ثم وبعد تجديد العقد تبين للزوجة وجود عيب في زوجها لم تعلم به أو تطلع عليه من قبل ولم

ترض به فتطلب التفريق للعيب ، فحكم هذه الحالة الجواز ، وذلك لعدم وجود المانع ولانطباق جميع الشروط عليها .

وان كانت الجهة المطالبة به هي ذات الجهة التي طالبت به في المرة الأولى كأن تكون المرأة في الحالين فهذه يختلف حكمها بحسب الحالة كما يلي :

الحالة الأولى : أسباب لا يحق للشخص نفسه أن يطلب التفريق بسببها بعد تجديد العقد بوجودها وهي العيوب بشكل عام وذلك لأن العيب متى ما علم به الطرف الآخر وقبل به لم يجز له طلب التفريق في ذات العقد فيكون من باب أولى إذا دخل عاقدا وهو على علم بالعيب فيكون ذلك رضا منه صريحا بالعيب إلا إذا ادعي زوال العيب وتم العقد ثم تبين عدم صحة ذلك، وكذلك كل ما يتعلق بأحكام الكفاءة لأن الرضا بها يبطل الحق في طلب الفسخ ، وهذا من باب استقرار العقود[١] .

وهذا الحكم يختص بالأسباب الثابتة غير المتجددة ، والتي لا يد لمن هي فيه من إزالتها، حيث لا يمكن إزالة الضرر فيها إلا بالتفريق ، ويكون الطرف الآخر عالما بذلك فعند موافقته على العقد لا يتصور أن يكون عاقدا على أمل زوال هذا السبب ، فلا يقبل منه بعد ذلك الاعتراض وطلب الفسخ بحجة عدم زوال السبب .

وقد ألحق بعض الفقهاء إعسار الزوج بهذه الحالة فقرروا انه إذا علمت المرأة بإعسار زوجها و نكحها على ذلك ، لم يجز لها طلب التفريق بعد لهذا السبب لعلمها به وقبولها [٢].

الحالة الثانية : وهي تتعلق بالأسباب القابلة للزوال والمتجددة والتي يكون الطرف الآخر قادرا على التعامل معها إيجاداً وعدما ، فالتفريق بناء عليها ثم تجديد العقد بعد ذلك أملا بذهابها وصلاح حال من فيها لا يلغي حق المتضرر في إعادة الطلب للتفريق قضاء إذا استنفدت محاولات الإصلاح وإزالة الضرر[٣] .

ومثال ذلك : أن يصدر حكم بالتفريق بسبب الهجر بطلب من المرأة ثم تتزوج من الرجل ذاته وبعد مكوثها لديه زمنا ما فإذا عاد وهجرها جاز لها طلب التفريق للسبب ذاته لأنه متجدد وللزوج القدرة على إزالته إن رغب ، وقد نبه الفقهاء على ذلك في حالة التفريق للإيلاء فقد حكم الشافعية[٤] و الحنابلة[٥] في المشهور عندهم أن الفرقة طلقة رجعية وإن قام الزوج

---

[١]-- الكاساني، البدائع :ج٢ ص٣٢٥ ، الموصلي ، الاختيار :ج٣ص١١٦ .
[٢]- المرداوي ، الإنصاف :ج٩ص٣٨٦ .
[٣]- البغوي ، التهذيب : ج٥ص٣٥٩ .
[٤]- الحصني ، كفاية الأخيار ص٥٤٦ .
[٥]- انظر ، ابن قدامة المغني : ج٨ص٥٤٣

بإرجاع زوجته ولم يرفع عنها الضرر يبقى موليا وتستطيع المطالبة بالفرقة للسبب ذاته إلى أن يرفع الضرر عنها أو تنقضي في حقه الثلاث تطليقات فلا ترجع له بعد ذلك إلا أن تنكح زوجا غيره. قال الغزالي: (الفسخ بالعيب على الفور وأنه إن رضيت الزوجة فلا اعتراض للـــولي ، ولو رضيت فلا عود إلى الطلب ، بخلاف رضاها بالزوج المولي فإن القدرة حاصلة، والتوقـــع ثم دائم ، وأما ها هنا– يعني العنة – فحصل اليأس) [١] .

وقد اتخذ قانون الأحوال الشخصية موقفا واضحا في عود الزوجين بعد التفريق حيـــث نص في المادة ١٢٢ من قانون الأحوال الشخصية على أن الزوجين إذا جددا العقد بعد التفريق فليس لأي منهما طلب التفريق ، واختص هذا الحكم في أحكام التفريق الصادرة بسبب العيوب ، والعلة في ذلك واضحة لأن تجديد العقد ينفي حالة الخداع أو الغبن لتأكد كل طرف مـــن علـــم الآخر بالعيب ما لم تتجدد عيوب أخرى وهذا ينسجم مع المادة ١١٤ من القانون نفـــسه التـــي نصت على سقوط حق الخيار بعد العلم بالعيب ما عدا عيب العنة .

وأما الحالات الأخرى فتبقى على إطلاقها في جواز التفريق للسبب نفسه إذا وجد مـــرة أخرى حيث لا يوجد قيد عليها كما في التفريق للعيوب .

---

[١]- الغزالي ، الوسيط : ج٥ص١٨١ .

المبحث الرابع

العدة

العدة موضوع يشكل آثرا من آثار الحكم ، والفرقة بين الزوجين، وسيخصص هـذا المبحـث لدراستها وبيان أحكامها وفق مطالب ثلاثة وأبدأ المبحث بتمهيد عن مفهوم العدة كما يلي :

مفهوم الـعـدة

العدة هي اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح[١] ، أو مدة تتربص فيهـا المرأة وتمنع نفسها من النكاح[٢] ، وهي من الأحكام الفقهية المقررة الثابتة بـالنص والإجمـاع على المرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها والنساء من حيث العدة أنـواع مـنهن مـن تلزمهن العدة ومنهن من لا تلزمهن ، وكذلك من تلزمهن العدة فهن أنواع بحـسب حالـة كـل واحدة ، والتفصيل في ذلك كله مرجعه كتب الفروع من المـصادر الفقهيـة المتعـددة ، ومـا سنطرحه في هذا المبحث قضايا تتعلق بالحكم القضائي الصادر بالفرقة وما ينتج عنه من أحكام بالعدة أو دونها، ونوع العدة بحسب نوع الفرقة .

المطلب الأول

المرأة التي تلزمها العدة

الفرقة بين الزوجين يمكن تصور حالات عديدة لها أبرزها:

أ- الفرقة في النكاح الصحيح المستجمع كامل شروط الـصحة ، أي أن يحكـم القاضـي بالفرقة بموجب نكاح صحيح وهذه الحالة لها عدة صور فرعية هي :

١- الفرقة بعد الدخول الحقيقي بين الزوجين .

٢- الفرقة بعد الخلوة الشرعية الصحيحة وقبل الدخول الحقيقي .

٣- الفرقة قبل الخلوة الشرعية وقبل الدخول .

وأما الحكم التكليفي للمرأة من حيث وجوب العدة عليها ؛ فقد اتفق الفقهاء علـى حكـم العدة على المرأة بعد الفرقة من نكاح صحيح في ثلاث حالات :

الحالة الأولى وجوب العدة عند وفاة الزوج على كل زوجة كانت كذلك عند الوفاة ، سواء كان هناك دخول أم خلوة أم لم يكن ، وهذا يتضمن الموت الحكمي في مسألة المفقود عند القائلين به كالمالكية ، فالمرأة بعد حكم التمويت تعتد عدة الوفاة [٣] .

١- الكاساني : بدائع الصنائع :ج٣ص١٩٠ .

٢- الدمياطي ، إعانة الطالبين :ج٤ص٣٧ ، العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص٢٠٩ .

٣- النفراوي ، الفواكه الدواني :ج٢ص٤٢ .

الحالة الثانية : وجوب العدة على المرأة المدخول بها بعد الفرقة بالطلاق أو الفسخ .

الحالة الثالثة :عدم وجوب العدة على المرأة قبل الخلوة و الدخول الشرعيين[١] .

واختلف الفقهاء في حكم العدة على المرأة المختلى بها وغير المدخول بهــا ، وانقــسم قولهم في ذلك إلى الرأيين التاليين :

القول الأول : عدم وجوب العدة إلا بالدخول الحقيقي وهذا هو مذهب الشافعية[٢] والمالكية[٣] .

القول الثاني : وجوب العدة على المرأة بالفرقة بمجرد حدوث الخلوة الصحيحة بينها وزوجها ، وهذا هو مذهب الحنفية[٤] والحنابلة[٥] و الزيدية[٦].

ب- الفرقة بين الزوجين بموجب النكاح الفاسد

هل تجب العدة في هذه الفرقة ؟ أما صورها الفرعية فتماثل ما ذكر فــي الحالــة الــسابقة وحكمها التكليفي كما يلي :

اتفق الفقهاء على حالتين الأولى وجوب العدة إذا حصلت الفرقة بعد الدخول ، والثانية عدم وجوبها قبل الدخول أو الخلوة . باستثناء ما ذهب اليه ابن حزم من أن النكاح الفاسد لا عــدة منه، وذلك لأنه لا يقيس الفسخ على الطلاق[٧] حيث إن الطلاق عنده لا يكون إلا بموجب نكاح صحيح[٨] ، والنصوص عنده لم يثبت بها إيجاب عدة على غير المطلقة .

وتحرر النزاع بين الفقهاء في الفرقة بعد الخلوة وقبل الدخول ، والفرقة بــسبب الوفــاة ، وجرى الخلاف على قولين كما يلي :

القول الأول : لا عدة عليها وهذا مذهب المالكية[٩] والشافعية[١٠] ، وذلك توافقا مع قولهمــا في النكاح الصحيح ، و هو مذهب الحنفية[١١] كذلك ، حيث اختلف قولهم هنا عن قــولهم فــي النكاح الصحيح، وسبب اختلاف قولهم هنا عدم قيام الزوجية حقيقة في هذا النكاح ، إلا أن على المرأة أن تعتد إذا جرى دخول بينها وزوجها بهذا الاعتبار لا للوفاة ، لوجود علة الاعتداد في حقها وهو الوطء .

١- ابن قدامة ، المغني:ج٨ص٧٨ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية :ص١٥٦ .
٢- النووي ، منهاج الطالبين :ج١ص١١٥.
٣- عبد الوهاب ، التلقين : ص١٠٢ .
٤- الكاساني : بدائع الصنائع :ج٣ص١٩١ .
٥- المرداوي ، الانصاف : ج٩ص٢٧٠ .
٦- العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص ٢٠٩ .
٧- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص ٣٠٣ .
٨- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص ٢٥٦
٩- عبد الوهاب ، التلقين : ص١٠٢ .
١٠- النووي ، منهاج الطالبين :ج١ص١١٥.
١١- الكاساني : بدائع الصنائع :ج٣ص١٩١.

القول الثاني : وجوب العدة عليها لحصول الخلوة ، وهذا مذهب الحنابلة[١] في فرقة الطلاق والفسخ مطلقا أما من توفي عنها زوجها وعقد نكاحهما فاسدا فلا تجب عليها العدة عند جمهور الفقهاء[٢] من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية[٣] وذلك لأن عدة الوفاة تجب لحق الـــزوج ومن كان عقده فاسدا واجب الفسخ فليس زوجا على الحقيقة .

وأما الحنابلة فيفرقون بين ما إذا كان النكاح فاسداً فسادا مجمعا عليه فلا عدة عليهـــا ، وإذا كان فاسداً فساداً مختلفاً فيه فإنها تعتد عدة وفاة وهو المذهب عندهم[٤].

وبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص على وجوب العدة علـــى كـــل امـــرأة اختلى بها زوجها وفرق بينه وبينها سواء كان التفريق بطلاق أو فسخ وهو ما نصت عليه المادة ١٣٥ من القانون ، إلا أن المادة ٤٢ من القانون قد وضعت قيدا على ذلك وهو أن العقد الفاسد لا يفيد حكما إلا بالدخول وهذا الحكم يوافق المذهب الحنفي كما مر الذي لا يرى وجوب العـــدة بالخلوة في النكاح الفاسد .

وأما عدة الوفاة فقد اشترط القانون أن تكون الوفاة للزوج بعد عقد صحيح لتجب عدة الوفاة، وهذا في كل زوجة باستثناء الزوجة الحامل فإن عدتها وضع الحمل سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا [٥].

المطلب الثاني

اثر اختلاف نوع الفرقة على العدة

الفرقة كما تقرر ثلاثة أنواع : فرقة وفاة عند وفاة الزوج حقيقة أو حكماً عند فقده ، أو فرقة طلاق ، أو فرقة فسخ ، وهذه الأنواع المختلفة تحتاج إلى بيان آثارها على العـــدة نوعـــا ومقدارا ووصفا .

عدة الوفاة واضحة لا اختلاف فيها فان القاضي إذا حكم بموت إنسان فان زوجته تعتـــد عدة الوفاة كغيرها ممن توفي عنهن أزواجهن ، ومقدارها أربعة اشهرا وعشرا .

أما الفرقة بالطلاق فان المرأة تعتد عدة المطلقات وذلك أيضاً باتفاق الفقهاء للنص لأن الحكم بالطلاق هو حكم بالنيابة الشرعية عن الزوج كما قرر الفقهاء وبينته في التكييف الفقهـــي

١- المرداوي ، الانصاف : ج٩ص٢٧٠

٢- الكاساني : بدائع الصنائع :ج٣ص١٩١ ، الشافعي ، الأم:ج٥ص٢٢١ والمواق، التاج والإكليل :ج٤ص١٥٠ .والحطاب : مواهب الجليل:ج٤ص١٤٠

٣- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص ٢٥٦ .

٤- المرداوي ، الانصاف : ج٩ص٢٧٨ ، البعلي ، القواعد والفوائد الألأصولية : ج١ص١١٣ .

٥- المادة ١٣٩ و ١٤٠ من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

للتفريق القضائي ولوجود هذه النيابة فإنها تستتبع آثار الطلاق كما لو أن الزوج هو الذي طلــق بلسانه من حيث العدة و أحكامها .

أما الفرقة بالفسخ فهي التي جرى فيها خلاف بين الفقهاء في مقدارها ووصفها هل تعتد المفسوخ نكاحها عدة الطلاق أم أن لها عدة أخرى تسمى عدة فسخ؟ .

وجمهور الفقهاء يرون أن المفسوخ نكاحها تعتد عدة المطلقة(١) ، والقول الآخر يرى أن تعتد بحيضة واحدة فقط لاستبراء الرحم وليس عليها عدة المطلقات ، وهو قول ابن تيمية وابن القيم وابن حزم وروي ذلك عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عبــاس رضـــي الله عــنهم أجمعين(٢) ، وهذا قول الزيدية في المفسوخ نكاحها من أصله بعد الدخول ، وهي التي تزوجت من غير ولي وشهود مع الجهل من الزوجين(٣) .

دليل الذين فرقوا بين الفسخ والطلاق

يقول ابن حزم(٤) المفسوخ نكاحها لم يأمرها النبي صلى الله عليها وسلم بالعــدة ، ولا يجــوز قياس الفسخ على الطلاق لأنهما مختلفان لان الطلاق لا يكون إلا بلفــظ المطلــق واختيــاره، والفسخ يقع بغير لفظ الزوج أحب أم كره ، فكيف والقياس كله باطل ، ووردت الآيـــة بعـــدم الأمر بالعدة **قال تعالى** :(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُــنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) (الممتحنة:١٠)

وفعل الصحابة يدل على ذلك للحديث عن ابن عباس قال : (كانوا إذا هاجرت المرأة مـــن دار الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر فإذا طهرت حل لها النكاح)) .

ودليل الجمهور وردهم على من فرق بين الفسخ والطلاق عمـــوم آيـــة العـــدة (والمطلقـــات يتربصن) وبقولهم أن المفسوخ نكاحها حكمها حكم المطلقة من حيث العدة لان علة وجوب العدة الدخول أو الخلوة على الخلاف وهذا متحقق في الفسخ كما هو متحقق في الطـــلاق(٥) ، ومـــن خلال عرض الأدلة فارجح والله أعلم ما ذهب اليه الجمهور من وجوب العـــدة كاملـــة علـــى المفسوخ نكاحها حالها حال المطلقة لاتحاد العلة بين الحالتين وهي حصول الفرقة بعد الـــدخول أو الخلوة .

١- الكاساني : بدائع الصنائع :ج٣ص١٩١، النووي ، منهاج الطالبين :ج١ص١١٥، ابن قدامة ، المغني:ج٨ص٧٩ ، العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص٢٠٩ .

٢- ابن حزم ، المحلى : ج١٠ ص١٦١ .

٣- العنسي ، التاج المذهب : ج ٢ ص ٢٣٠ .

٤- ابن حزم ، المحلى :ج١٠ص١٦١

٥- ابن قدامة ، المغني: ج٨ص٧٩ .

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني برأي الجمهور في أن كل من فرق بينها وبين زوجها بطلاق أو فسخ يلزمها العدة ، وأخذ برأي الحنفية في وجوب العدة بعد الخلوة [١].

المطلب الثالث

وقت ابتداء العدة

العدة شرعت لحالة فراق الزوجة لزوجها والفراق له أسبابه والقاعدة العامة أن العدة تبدأ من وقت تحقق سببها ففي الوفاة من تاريخ الوفاة ، أو من تاريخ الحكم بالوفاة في حالة الفقد ، وتبدأ من وقت الحكم بالفرقة إذا كان الحكم القضائي هو المنشئ للفرقة سواء بالفسخ أو الطلاق.

وأما في الحالات الأخرى التي يكون الحكم فيها مثبتا للفرقة لا منشئا لها ، كالحكم بثبوت وقوع الطلاق من قبل الرجل على المرأة في وقت سابق على الحكم، وكالحكم بثبوت فساد العقد بين الزوج و الزوجة لسبب مقارن للعقد أو لسبب طارئ عليه ، ففي هذه الحالات يبدأ احتساب العدة في حق المرأة على النحو الآتي :

أولا : عند الحكم بتثبيت الطلاق السابق على الحكم .

إذا صدر الحكم بتثبيت الطلاق سابق بين الزوجين فتكون العدة وفقا لحالتين :

<u>**الحالة الأولى**</u> : إذا ثبت الطلاق بالبينة على الزوج في التاريخ الذي نسب الطلاق اليه ، فهنا تبدأ العدة من تاريخ الطلاق الفعلي ، لأنه ثابت بالبينة والبينة متعدية تسري على الزوج والزوجة.

الحالة الثانية : إذا ثبت الطلاق بمجرد إقرار الزوج

في حال تصديق الزوجة لزوجها في إقراره أو عدم تصديقها ، حكم الفقهاء بوجوب ابتداء العدة من تاريخ الإقرار لأنها حق لله تعالى ، و لأنهما بالإقرار يتهمان بالاتفاق على إسقاطها ، لكن الحكم بالعدة وان كان من تاريخ الإقرار إلا أن الزوج يعامل ويؤاخذ بإقراره فيما له من حقوق، فإذا ماتت المرأة وكانت عدتها انتهت بحسب إقراره ، فإنه لا يرثها ، أما هي فترثه إن مات بشرط أن لا تكون قد صدقته ، وكذلك لا يملك إرجاعها، والمرأة مؤاخذة بإقرارها في حقوقها فان صدقته في وقت الطلاق وانقضت العدة على ذلك الوقت فلا نفقة لها وان حكم بعدم انتهاء العدة في حق زواجها من الغير ، ولا يشترط علم المرأة بالطلاق أو الوفاة لبدء سريان العدة حال ثبوت الطلاق أو الوفاة [٢] .

---

[١]- انظر المواد ١٣٥ وما بعدها .

[٢]- قدري باشا، الأحكام الشرعية ص ٩٥،الدردير ، الشرح الكبير : ج٢ص٤٧٧،الغزالي ، الوسيط:ج٦ص١٤٨ المرداوي ، الإنصاف ج٩ص٢٩٤

وذهب ابن حزم إلى أن المرأة تعتد من حين بلوغها خبر الطلاق ، واستند في ذلك لما روي عنده عن علي رضي الله عنه في ذلك كما قال ، كما علل ذلك بأن العدة لا بد لها من نية وتربص وهذا لا يتحقق دون علم المرأة به لأنه فعلها[١] ، وهذا متفرع عند ابن حزم على أن الطلاق الغيابي لا يقع إلا عند بلوغه إلى الزوجة بطريق ثابت أو بتصديقها له[٢].

وهذا الأمر ينطبق على الحكم بالتفريق إذا كان صدر غيابياً فعلى رأي الجمهور تبدأ العدة من تاريخ الحكم وعلى رأي ابن حزم تبدأ من تاريخ التبليغ وذلك تخريجا على أقوالهم وما ذهب اليه ابن حزم هو المذهب عند الزيدية حيث نصوا على أن وقت ابتداء العدة من تاريخ العلم بموجب العدة علما مفيدا للظن باستثناء الحامل التي تنتهي عدتها بوضع الحمل[٣] ، وهذا أيضا متفرع على قولهم بوجوب النية على المعتدة[٤] .

<u>الحالة الثانية</u> : عند الحكم بفساد العقد

إذا صدر الحكم بفساد العقد من أصله أو لوجود طارئ وثبت أن الزوجين كانا ما يزالان مجتمعين في بيت واحد فإن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالفسخ ، وذلك إذا كان الفسخ لا بد فيه من حكم حاكم[٥] ، أما على قول بعض الفقهاء ممن يرون الانفساخ دون حكم حاكم فالعدة تبدأ من تاريخ المتاركة الحقيقية بين الزوجين بعد تحقق سبب الانفساخ ، و إذا حكم الحاكم بعد ذلك بثبوت الفساد وتثبيت الفسخ فإنه يرجع ابتداء العدة إلى تاريخ المتاركة[٦] ،

قال الشافعي : (والعدة قي النكاح الفاسد الأصل فيها أنها عدة استبراء لا عدة نكاح لوجوب المتاركة في النكاح الفاسد وعدم جواز البقاء عليه)[٧]

<u>رأي القانون</u>

لقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بأن العدة تبدأ من تاريخ وقوع الطلاق أو الفسخ أو الوفاة ولو لم تكن الزوجة مطلعة على ذلك [٨] .

وهو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية[٩] ولعل ذلك من باب تقصير العدة على المرأة وعدم الإطالة عليها .

١- ابن حزم ، المحلى: ج١٠ص٣١١ .

٢- ابن حزم ، المحلى : ج ٩ ص ٤٥٥ .

٣- العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص ٢٢٣ .

٤- المرجع السابق : ج٢ ص ٢٢٧ .ومع قولهم بوجوب النية إلا أن المرأة إذا لم تنو العدة لا تبدأ عدة أخرى وإنما تأثم لترك النية .

٥- النووي ، روضة الطالبين :ج٨ص٣٦٨ وقال (ولو نكح امرأة نكاحا فاسدا .....وعدة الناكح من التفريق)، الكاساني ، بدائع الصنائع :ج٢ص٣٣٥ .

٦- قدري باشا، الأحكام الشرعية ص٩٥ .

٧- الشافعي ، الأم :ج٥ص٢٢١ .

٨- المادة ١٤١ من القانون المذكور .

٩- المادة ١٢٩ من المدونة المذكورة .

وأما مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فقد اعتمد مبدأ سريان العدة من تاريخ حصول الحكم القضائي بالتفريق على صفة الحكم المبرم الذي لا يقبل الطعن[١].

المبحث الخامس

متعة الطلاق

المتعة من الحقوق المالية التي تطالب بها المرأة نتيجة الطلاق وفق شروط معينة تعددت اجتهادات الفقهاء فيها ، ونحن وفي أثناء دراستنا لآثار حكم التفريق ، نجد أنه لا بد من التعرض لحكم المتعة باعتبارها أحد تلك الآثار ، والمتعة وإن ارتبطت بالطلاق إلا أن الفقهاء نصوا على ما يتعلق بها من أحكام في حال تطليق المرأة بموجب حكم قضائي ، ولذا فإننا في هذا المبحث سنتعرض لهذه المسألة بالتوضيح من خلال عرض أولي موجز لمتعة الطلاق وآراء الفقهاء فيها ومتى تجب و أقوال الفقهاء في حكم المتعة حال التفريق القضائي.

المتعة عند الحنفية

المتعة قائمة مقام نصف المهر وهي خلف عنه فلا تجب إلا عند عدم التسمية والفرقة قبل الدخول ، ولذا فهي عند الحنفية لا تزيد على نصف المهر ، ولا تجب مع التسمية لأن الواجب عند التسمية هو نصف المسمى ، وأما ما سوى ذلك فهي مستحبة لكل مطلقة [٢] ، واستثني من الاستحباب كأثر من آثار الطلاق إذا كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول ، لأنها تعتبر جانية في ذلك ولا يسن لها المتعة[٣] .

والمتعة تعتبر بحال الزوج يسرا وعسرا[٤]

المتعة عند المالكية

مذهب مالك أن لكل مطلقة متعة إلا التي فرض لها المهر وطلقت قبل أن تمس فحسبها صداقها ، إلا أن مالكا لا يوجب المتعة قضاء ، ولا يجبر عليها مهما كان وصف المطلقة ، وجعلها مما ينبغي على الشخص أن يفعله من تلقاء نفسه ، واحتج له بأن المتعة لو وجبت لكانت مقدرة معلومة كسائر الفرائض ، فلما لم تكن كذلك خرجت إلى حد الندب والإرشاد وصارت كالصلة والهدية [٥] .

١- المادة ١١٦ من المشروع .
٢- ابن نجيم ، البحر الرائق : ج ٣ ص ١٦٦ .
٣- المرجع السابق : ج٣ ص ١٦٧ .
٤- الموصلي ، الاختيار : ج٣ ص ١٠٢ .
٥- ابن عبد البر ، الاستذكار : ج٦ ص٤٠١ (طبعة مؤسسة النداء) ، القاضي عبد الوهاب ، التلقين: ص ٨٧.

ويجاب على ذلك بأن النفقة تجب على الإنسان من زوج وأب وليست هي مقدرة معلومة .

المتعة عند الشافعية

والمراد بها عندهم مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط [١] ، والذي يهمنا من التعريف قولهم وما في معناه ، حيث لم يقتصروا بالمتعة على الطلاق بل جعلوا غيره معه في الحكم وذلك في حالات من التفريق القضائي والتفصيل فيها أن الفرقة التي لا تكون بسبب من الزوجة بأن كانت من الزوج كردته ولعانه وإسلامه أو من أجنبي كوطء أبيه أو ابنه لها بشبهة فهذه الفرقة حكمها كحكم الطلاق في إيجاب المتعة و أما إذا كانت الفرقة منها أو بسببها كردتها وإسلامها ولو تبعا أو فسخه بعيبها فلا متعة لها سواء كانت قبل الدخول أم بعده لأن المهر يسقط بذلك ووجوبه آكد من وجوب المتعة[٢] .

ووجوب المتعة في التفريق القضائي مرتبط بوجوبها في الطلاق وهي تجب لكل مطلقة في الجديد من المذهب وهو الأظهر عندهم واستدلوا لذلك بعموم قوله تعالى : (وللمطلقات متاع بالمعروف)[٣] وخصوص قوله تعالى : (فتعالين أمتعكن و أسرحكن) [٤] وفي هذه الآية تقديم وتأخير أي فتعالين أسرحكن وأمتعكن ، وكلهن مدخولات بهن ، و بأن جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع فخلا الطلاق عن الجبر بخلاف من وجب لها النصف فإن بضعها سلم لها فكان الشطر جابراً للإيحاش [٥].

المتعة عند الحنابلة

إذا تم الزواج بغير مهر ثم حصل طلاق قبل الدخول فإن الواجب للمرأة عندئذ المتعة فقط وهي كل طلاق يتنصف فيه المهر حال التسمية إذا لم يسم وجبت المتعة[٦] .

وقد قاس الحنابلة كل فرقة يتنصف فيها المهر حال تسميته إذا لم يسم وتمت الفرقة على الطلاق فإن للمرأة فيها المتعة[٧] .

ولذا فإن أي فرقة يسقط فيها المهر المسمى لا تجب فيها المتعة وهي الفرق التي جاءت من قبل الزوجة ، والعلة في ذلك أنه إذا سقط المسمى حال تسميته فإنه يسقط بدله إذا لم يسم،

١- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص ٢٤١ .
٢- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص ٢٤١ .
٣- سورة البقرة آية ٢٤١ .
٤- سورة الأحزاب آية ٢٨ .
٥- الشربيني ، مغني المحتاج : ج٣ ص ٢٤١.
٦- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص٤٧ طبعة دار الفكر . ابن النجار ، منتهى الارادات : ج٢ ص ١١٨ (طبعة الرسالة)
٧- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص٥٢ طبعة دار الفكر .

لأن المتعة عندهم هي بدل للمسمى عند عدم التسمية في حال الطلاق قبل التسمية ، والقاعدة أن الأبدال تسقط بما يسقط به مبدلها[١].

والمتعة معتبرة بحال الزوج يسرا وعسرا وعن أحمد فيها روايتان الأولى أن أعلاها خادم وأدناها كسوة والثانية أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات[٢] .

وأما الفرقة بالموت حقيقة أو حكما قبل الدخول والتسمية فإن المرأة يكون لها مهر مثلها عندئذ لا المتعة [٣] .

وأما المسمى لها المهر و المدخول بها فليست المتعة واجبة لها وإنما هي مستحبة وهذا هو المذهب ، وقد نقل حنبل عن الإمام أحمد أن المتعة واجبة في كل فرقة[٤] .

المتعة عند الظاهرية

متعة الطلاق عند الظاهرية فرض على كل مطلق أيا كانت المرأة وأيا كان نوع الطلاق، ويجبر عليها قضاء ، وهي لا تجب في المذهب في حالات فسخ النكاح وذلك التزاما من ابن حزم بالنص الذي وردت فيه المتعة لأنها وردت في الطلاق ولا يقيس عليه غيره ، لأن القياس ليس من طرق الاستدلال عنده ، وتجب على المطلق بحسب مقدرته[٥] .

المتعة عند الزيدية

شرط المتعة عند الزيدية الطلاق فإذا انفسخ النكاح قبل التسمية قبل الدخول دون طلاق فلا متعة للزوجة [٦] ، وهناك قول في المذهب أن لها المتعة إذا انفسخ العقد من جهة الزوج قياسا على الطلاق[٧] .

والشيعة الإمامية مذهبهم كمذهب الحنفية في المتعة في عدم وجوبها إلا للمطلقة قبل الدخول وقبل التسمية [٨] ، وتستحب عندهم في الفرقة بغير طلاق من لعان وفسخ لأنه في معنى الطلاق، وقيل تجب والاستحباب أقوى في المذهب[٩] .

---

[١]- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص٥٢ طبعة دار الفكر .
[٢]- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص٥٣ و ٥٤ طبعة دار الفكر .
[٣]- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص٥٩ طبعة دار الفكر .
[٤]- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص٥٠ طبعة دار الفكر .
[٥]- ابن حزم ، المحلى : ج ١٠ ص ٢٤٥ .
[٦]- العنسي ، التاج المذهب : ج٢ ص ٤٩ .
[٧]- المرتضى ، البحر الزخار : ج٤ ص ١٢٠ .
[٨]- المحقق الحلي ، شرائع الاسلام : ج٢ ص ٢٧٠ .
[٩]- الجبعي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية : ج٥ ص

المتعة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

قانون الأحوال الشخصية أوجب المتعة للمطلقة في حالة واحدة إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة .

وأما مقدار المتعة فترك أمر تقديرها إلى العرف والعادة وبحسب حال الزوج مقيدة بعدم زيادتها عن نصف مهر المثل[١].

والقانون بذلك يقترب من قول الحنفية في المتعة ، وقد اتخذ القانون هذا المنحى لإيجابه التعويض للمطلقة ، وهو بهذا خالف المذهب الحنفي الذي جعل من المتعة خلفا عن المهر ، وقد أخذ القانون بمبدأ التعويض كما ورد في الأسباب الموجبة للقانون من استحباب المتعة للمطلقة ومن أن للحاكم أن يأمر بالمندوب لمصلحة شرعية فيصير واجبا[٢] ، مع أن هناك أقوالا فقهية توجب المتعة لكل مطلقة .

وما سوى ذلك من حالات الطلاق والفسخ لم يتعرض لها القانون من حيث المتعة أو التعويض.

المتعة في مدونة الأسرة المغربية

الطلاق بحسب المدونة المغربية لا يتم إلا من خلال المحكمة كما القانون الليبي وذلك بعد محاولة الإصلاح أو الاتفاق على الطلاق بين الطرفين ولا تأذن المحكمة بتسجيل طلاق الزوج إلا بعد تأمين مستحقات الزوجة ومن ضمنها المتعة والتي يراعى في تقديرها من قبل المحكمة فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه[٣].

وهذا الأمر يتبع كذلك في التفريق للضرر والشقاق بعد العجز عن الإصلاح[٤] .

وجمعت المدونة المغربية بين المتعة والتعويض في الأحكام وإن كان في حالات متباينة ففي التفريق للضرر الثابت تحكم المحكمة للزوجة بالفرقة كما تحكم لها بالتعويض عن الضرر[٥].

كما فتحت المدونة المجال للقاضي في الحكم بالمتعة بحسب مقتضى الحال في حالات التفريق الواردة في المادة ٩٨ من المدونة[٦] وهي :

١-إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.

---

[١]- المادة ٥٥ من القانون المذكور .

[٢]- الأسباب الموجبة للمادة ١٣٤ من قانون الأحوال الشخصية ، انظر : الداوود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج ٢ ص ١٤٦١ .

[٣]- المادة ٨٤ من المدونة المغربية .

[٤]- المادة ٩٧ من المدونة .

[٥]- المادة رقم (١٠١) .

[٦]- المادة رقم (١١٣) من المدونة

٢-الضــرر.

٣-عدم الإنفاق.

٤-الغيــبة.

٥-العــيوب.

٦-الإيلاء والهجر.

المتعة في قانون الزواج والطلاق الليبي

سار القانون الليبي في المتعة قريبا من سير القانون الأردني حيث جعل المتعة للمطلقة قبل الدخول إن لم يسم لها مهرا بشرط أن لا تزيد المتعة عن نصف مهر مثلها[١] .

واختلف القانون هنا عن القانون الأردني في عدم إيجابها إلا بالدخول في حين أوجبهـا القانون الأردني بعد الخلوة الصحيحة كذلك .

وبشأن التعويض اختلفت طريقته في القانون الليبي بسبب أن القانون الأردني أوجبه في الطلاق التعسفي وهو الطلاق الغيابي الذي ينفرد به الزوج ، وهذا الطلاق غير مسموح به فـي القانون الليبي ، حيث اشترط اتفاق الزوجين على الطلاق وعند عدم الاتفاق فـلا بـد أن يـتم الطلاق من خلال المحكمة بواسطة إرسال حكمين وعند العجز عن الإصلاح تحكـم المحكمـة بالتطليق كما تحكم بمقدار التعويض عن الضرر للطرف المتضرر[٢].

وما سوى ذلك من حالات الطلاق والفسخ لم يتعرض لها القانون من حيث المتعـة أو التعويض.

المتعة في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد

وردت أحكام المتعة في المشروع في المواد ٤١ و٤٢ و ١٢٧ فالمادة ٤١ تحدثت عن الفرقة قبل الدخول حال عدم تسمية المهر أو نفيه أو تسميته تسمية فاسدة ففي كل تلك الأحـوال يجب للمرأة متعة يقدرها القاضي بما لا تزيد عن نفقة ستة أشهر ويحكم بها دفعـة واحـدة أو مقسطة.

كما أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جانب الزوجة قبل الدخول فإن المتعة تسقط كما يسقط المهر إن كان قد سمي .

والمادة ١٢٧ تحدثت عن المتعة في الفرقة بعد الدخول وملخص الأحكام فيها :

استحقاق المرأة للمتعة وبما لا يجاوز نفقة سنة من مثيلاتها بحسب حال الزوج ، بشرط ثبـوت احتياجها لذلك .

---

[١] المادة رقم ١٩ فقرة (و) من القانون الليبي .

[٢]- المادة ٣٩ من القانون الليبي .

واستثنى القانون حالات لا تستحق فيها المتعة وهي :

١-فسخ الزواج إذا كان بطلب من الزوجة لأي سبب كان .

٢-إذا حصل الطلاق برضاها .

٣-موت أحد الزوجين .

٤-التطليق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج

٥-التطليق للضرر والشقاق إذا تبين وجود إساءة من الزوجة .

وما سوى تلك الحالات يجب للمرأة بعد الفرقة متعة عن الفرقة .

الرأي المختار في المتعة

بعد الاطلاع على الأقوال الفقهية واختيارات قوانين الأحوال الشخصية نجد أن القوانين لم تسر سيرا واحدا في موضوع المتعة فنرى بعضها قد قال بالمتعة في حالة واحدة ثم أوجب التعويض عن الطلاق كما هو في الأردن قياسا على المتعة ، ثم القوانين الأخرى جمعت بين المتعة والتعويض عن الضرر كما المدونة المغربية والقانون الليبي وحصل اضطراب في ذلك ، والذي أراه في العمل والتقنين أن يلغى مبدأ التعويض عن الطلاق بهذا الصفة ويستبدل بمتعة الطلاق وبأن تجعل لكل مطلقة ومن في حكمها ممن صدر قرار بالتفريق بناء على سبب حاصل من قبل الزوج وأن يترك تقديرها للقضاء بواسطة الخبراء كما هو حال النفقة وذلك عملا بقول من قال ذلك من أهل الفقه أن المتعة تجب على كل مطلق استنادا لقوله تعالى : (وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ) (البقرة:٢٤١)وعملا بقوله تعالى في المقدار : (وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ) (البقرة:٢٣٦) ومنهم (الحسن البصري وأبو العالية وأبو قلابة وسعيد ابن المسيب)[١] ،ولا بأس من جعل حد أدنى لها وأعلى ضبطا للأمور في القضاء قال ابن عبد البر : (لم يختلف العلماء أن المتعة التي ذكر الله عز وجل ... أنها غير مقدرة ولا محدودة ولا معلوم مبلغها ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوز بل هي على الموسع بقدره وعلى المقتر أيضا بقدره متاعا بالمعروف)[٢] .

وهذا هو الرواية الثانية عن أحمد في التقدير : (والثانية أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات)[٣] .

---

[١]- ابن عبد البر ، الاستذكار : ج٦ ص٣٩٩ (طبعة مؤسسة النداء) .

[٢]- ابن عبد البر ، الاستذكار : ج٦ ص٣٩٧ (طبعة مؤسسة النداء) .

[٣]- ابن قدامة ، المغني : ج٨ ص٥٣ و ٥٤ طبعة دار الفكر .

وفي هذا عدل بين الأزواج فإن التي صدر حكم بالتفريق بينها وزوجها لسبب حاصـــل منها لا تستحق متعة لما حصل من قبلها ولكي لا يتحمل الرجل ما لا يد له فيه ، وهذا ملحــظ لحظه الفقهاء فيما أوجبوا من متعة ، كما لحظه من قال بالاستحباب كالحنفية.

والله تعالى أعلم .

الفصل السادس

الأصول الشكلية للتقاضي في دعوى التفريق

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : المراحل التي تمر بها دعوى التفريق وتحديد القانون أوالمذهب الواجب التطبيق.

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : مراحل الدعوى

المطلب الثاني : القانون أو المذهب الواجب التطبيق

المطلب الثالث : إجراءات خاصة في دعوى التفريق

المطلب الرابع : وسائل الإثبات المعتمدة لحالات التفريق في قانون أصول المحاكمات و الأحوال الشخصية الأردنيين .

المبحث الثاني : تعدد درجات التقاضي وطريقة إصدار الحكم وأثر ذلك على الفرقة .

المبحث الثالث : أثرُ وفاة طرفي الدعوى أو أحدهما عليها.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الخصومة في الدعوى و استمراريتها

المطلب الثاني : العدة والحقوق المالية

الفصل السادس

الأصول الشكلية للتقاضي في دعوى التفريق

في ختام فصول الدراسة يأتي هذا الفصل استكمالا لعرض النظرية وهو خارج عن ماهيتها إلا أنه متمم لها من حيث الجانب الإجرائي والتطبيقي خاصة في العصر الحديث الذي تعددت فيه الوسائل والطرق الخاصة بالتقاضي ، وتطورت من الناحية الشكلية كثيرا تبعا لتطور العلوم وتعدد الاختصاصات وتعقد شؤون الحياة .

و في محاولة لإبراز بعض الجوانب المتعلقة بدعوى التفريق في النظام القضائي الأردني ، فسيكون هذا من محددات الدراسة في هذا الفصل ، وسأحيل في بعض الجوانب التي أرى بها ضرورة إلى المظان الفقهية ، وذلك حتى لا أشتت الذهن وأبعد الفصل عن هدفه وهو تعريف القارئ بكيفية إدارة دعوى التفريق انسجاما مع المادة النظرية التي تم عرضها في جنبات هذه الأطروحة .

أما المسائل موضوع البحث فستكون وفقا للمباحث التالية :

المبحث الأول : المراحل التي تمر بها دعوى التفريق و تحديد القانون أوالمذهب الواجب التطبيق .

المبحث الثاني : تعدد درجات التقاضي وطريقة إصدار الحكم وأثر ذلك على الفرقة .

المبحث الثالث : وفاة أحد أطراف الدعوى وأثره عليها .

المبحث الأول

المراحل التي تمر بها دعوى التفريق و تحديد القانون أوالمذهب الواجب التطبيق

المطلب الأول

مراحل الدعوى

دعوى التفريق من حيث الإطار تشبه أي دعوى أخرى تقام لدى القضاء ولا بد أن يتوفر فيها ما يتوفر في الدعاوى الأخرى من شروط شكليه وموضوعية وذلك بحسب القانون المطبق والمعمول به لدى الجهة القضائية المختصة

ومن أهم تلك العناصر

١- أن تقدم الدعوى من شخص ذي مصلحة فيها

٢- أن تتوفر في المدعي شروط الأهلية المعتبرة

أطراف الدعوى

المدعي في دعوى التفريق هو أحد أربعة :

إما الزوج أو الزوجة أو الولي أو المدعي العام ، وهناك حالة خاصة قد يكون المدعي فيها ورثة الزوج أو الزوجة إذا كان الهدف من الدعوى إثبات فقد الشخص والحكم بموته .

أما المدعى عليه في دعوى التفريق فهو :

أولا : الزوج إذا كان المدعي هو الزوجة

ثانيا : الزوجة إذا كان المدعي الزوج

ثالثا : الزوجان معا إذا كان المدعي هو الولي أو المدعي العام

مراحل الدعوى

المرحلة الأولى : تقديم الدعوى

الادعاء هو ما يقدم للمحكمة لطلب الحكم على أساسه ، ويشمل نوع الدعوى والمدعي وصفته والمدعي عليه وصفته ومحل إقامته ، وبياناً بوقائع الدعوى وأسبابها ثم الطلب الموجه للمحكمة للحكم بموجبه حال ثبوت الدعوى .ويجب أن يراعى في تقديم الدعوى المتطلبات الشكلية فيها كأن تكون خطية واضحة الكتابة ومشتملة على العناصر السابقة[١].

وقد تكلمنا عن المدعي والمدعى عليه أما أهم الوقائع التي لا بد أن تتضمنها دعوى التفريق فهي:

---

[١]- انظر المادة ١١ و ٣٨ –٤١ من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

١- وجود عقد الزوجية سواء الحسي أو الشرعي لأنه لا تفريق دون سبق العقد.

٢- الأسباب التي يرى المدعي أنها تجيز له طلب التفريق ، وتكون من الحالات التي ذكرها الفقهاء واعتمدها القانون ، وقد أوردتها في الفصل الثاني من هذه الدراسة، وعلى المدعي أن يختار سببا منها لتكون دعواه واضحة واجبة النظر .

٣- ذكر وقائع تؤيد وتوضح تلك الحالة بذكر جميع العناصر المطلوبة .

٤- طلب الحكم بنوع الفرقة التي تتناسب مع السبب المدعى به .

المرحلة الثانية : بدء المحاكمة

بعد تقديم الدعوى و إتمام إجراءات التبليغ فإما أن يحضر المدعى عليه المحاكمة أو يغيب عنها و يتقرر محاكمته غيابيا .

الإجراءات حال حضور المدعى عليه

بعد أن تستكمل الدعوى وتوضح بشكل كامل بجميع عناصرها وتلاوة الدعوى أمام المدعى عليه، يسأل عن الدعوى كاملة بجميع عناصرها بدءاً من الخصومة والصفة وقيام الزوجية والسبب وانتهاء بما يطلبه المدعي من حكم بالفرقة .

والمدعى عليه في هذه الحال إما أن يقر بالدعوى أو ينكرها أو يسكت عنها ، فان اقر بها انتقل القاضي إلى مرحلة الصلح و الاعذار و الإمهال إن كانت الدعوى من النوع الذي يتطلب ذلك كدعاوى الشقاق والنزاع[١] والضرر والهجر والغيبة[٢] وعدم الإنفاق[٣] والعيوب التي يمكن شفاؤها[٤] ، وأمثال ذلك .

وان لم تكن الدعوى مما يقبل أو يحتاج إلى الإمهال و الاعذار فيعمد القاضي إلى محاولة الإصلاح ، فان عجز عن ذلك اثبت الدعوى بالإقرار وما يؤيده من مؤيدات خطية إن وجدت ثم يحكم بما طلب المدعي .

الإجراءات حال إنكار المدعى عليه أو سكوته أو غيابه .

إذا أنكر المدعى عليه الدعوى أو سكت عنها أو غاب ، فانه في كل ذلك يعتبر منكراً للدعوى ويكلف القاضي المدعي إثبات دعواه بجميع عناصرها أو إثبات ما أنكره المدعى عليه إن اقر بجزء منه .

---

[١]- المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية
[٢]- المادة (١٢٤) من قانون الأحوال الشخصية
[٣]- المادة (١٢٧و١٢٨) من قانون الأحوال الشخصية
[٤]- المادة (١١٦) من قانون الأحوال الشخصية

وللمدعي في هذه الحالة اللجوء إلى طرق الإثبات المعتمدة فقهاً وقانونا لاثبات الدعوى ومن أهمها شهادة الشهود والبينات الكتابية و نكول المدعى عليه عن اليمين بعد عجز المدعي عن الإثبات بالطرق العادية .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق

المقصود بهذا المطلب هو القانون الذي يجب على القاضي أن يسير وفقه عند النظر في قضية التفريق المرفوعة لديه ، وحيث أن القاعدة التي أسير عليها في أحكام هذا الفصل هي الانطلاق من القانون الأردني وإسناده إلى أصوله الفقهية المستمد منها ، فإنه يتضح من ذلك أن القاضي كونه مخصصا بالزمان والمكان والقانون[١] ، فإنه لا يستطيع أن يطبق ما شاء له من أقوال ومذاهب الفقهاء وحسب قناعاته الخاصة في الترجيح فيما بينها، وذلك إن حصل يعتبر خروجا منه عن حكم توليته التي أوجبت عليه السير في الدعوى وفق القانون الساري المفعول ، وهذا الاتجاه هو ما تلجأ له معظم الدول حديثا لأنه أدعى إلى استقرار حياة الناس وتعاملاتهم ، حيث يصدرون عن رأي واحد واضح معلوم لهم يشكلون حركتهم في المجتمع وفقه ، خاصة وأن أحكام الفقه كثيرة التشعب والتعدد والاختلاف في الصغيرة والكبيرة في الشكل والمضمون، ولن يستطيع الناس إدراك ذلك كما لا يستطيع القضاة تتبعه ، والتخصيص بقانون واحد عام يحتكم اليه الجميع هو أدعى إلى تحقيق العدالة بين الناس ، والبعد عن الهوى والتشهي في إصدار الأحكام ، وفيه إزالة الشبهات عن القاضي حتى لا يحكم في المسألة الواحدة بحكمين مختلفين في كل مرة باسم تعدد الاجتهاد وتغيره ، ولأننا كما عرفنا من دراسة حالات التفريق المختلفة ومذاهب الفقهاء نجد فيها اتساعا لا يمكن في كثير من الأحيان الخروج من الخلاف فيه إذ يكون الحكم بين نقيضين تماما على قولين من أقوال الفقهاء ، فمذهب يحكم بفساد العقد وضرورة التفريق ومذهب يرى عدم جواز التفريق فيه ووجوب بقاء المرأة على نكاح زوجها وهكذا .

وهذا التقنين لا يحجر على القاضي رأيه واجتهاده ونظره في الأمور في ما ترك له من هامش فيه كالنظر في البينات وانطباقها على الحالة المعروضة لديه وقناعته بها وغير ذلك. وهذا ما قد يفسر الاختلاف في الأحكام من محكمة لأخرى في القضايا المتشابهة .

---

[١]- المادة ١٠٥ من الدستور الأردني حددت حق القضاء في المحاكم الشرعية وفق القوانين الخاصة بها والمادة ١٠٦ نصت على تطبيق أحكام الشرع في ذلك .وأما الاختصاص في القضاء فقد حددته المادة ١١٠ وفق القوانين الخاصة أيضا .

إلا أنه ومع وجود هذا التقنين قد تطرأ حالات يظهر فيها الخلاف في وجهات النظر في أصلها ومنها مسألتنا التي نحن بصددها وهي القانون الواجب التطبيق فإذا رجعنا إلى القوانين المختلفة المرعية في الأردن فإن الدستور الأردني قد نص في المادة ١٠٥ منه على أن للمحاكم الشرعية وحدها حق القضاء وفق قوانينها الخاصة في الأمور الآتية ومنها مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين .ففي هذه المادة تم حصر القضاء وفق القوانين الخاصة ولم يترك الأمر على إطلاقه ، وفي المادة ١٠٦ نص الدستور على أن المحاكم الشرعية تطبق في قضائها أحكام الشرع الشريف ، وهذه المادة جاءت لتضع ضابطا دستوريا على المادة التي سبقتها ، تتعلق بالقانون الخاص واجب التطبيق عند تشريعه بحيث يكون الضابط فيه عدم مخالفته لأحكام الشرع ، ولذا فإن أي قانون خاص يخالف أحكام الشرع يعتبر مخالفا للدستور لا يصح إقراره .

والأمر الثاني الذي يلحظ في المادة ١٠٥ أنها نصت على المسلمين وليس الأردنيين المسلمين وهذا ما جعل من بعض الاجتهادات الحالية في المحاكم تطبق القانون الأردني على كل من يتقدم بالدعوى أمام المحاكم الشرعية الأردنية إذا كانوا من المسلمين ودون النظر إلى جنسياتهم أو تابعيتهم القانونية في الأصل ، أو موافقتهم ، عملا بعموم المادة المذكورة ، ولما نص عليه القانون الخاص بالمحاكم الشرعية فيما يتعلق بأصول المحاكمات حيث نصت المادة ٢فرع١٦ أن المحاكم الشرعية تنظر في كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية بين المسلمين ، وهو ما أثار اشكالا قانونيا في ما يسمى بقواعد الإسناد التي نص عليها القانون المدني الأردني[١] وهي المواد ١٣ وما بعدها التي تتعلق بمسائل التفريق ونصها :

<u>المادة (١٣) :</u>

يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين .

أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين.

<u>المادة (١٤) :</u>

بسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.

أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق . <u>*ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى .*</u>

[١]- القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ و نشر هذا القانون في الصفحة ٢ من العدد ٢٦٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١م.

المادة (١٥) :

في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

ويلاحظ من نص المادة (١٤) أن التطليق والانفصال بشتى أنواعه اسندها القانون المدني إلى قانون الدولة التي يحمل الزوج جنسيتها عند رفع الدعوى ، وهذا النص مع عموم النص الخاص في الدستور وقانون أصول المحاكمات الشرعية يجعل من تطبيق القانون أمرا دائرا بين اجتهادين قانونيين إما تطبيق القانون الأردني أو قانون جنسية الزوج ، والمادة في القانون المدني لم تفرق بين قانون إسلامي أو غير إسلامي فقد يكون الزوج مسلما ولكنه يتبع من حيث الجنسية دولة غير إسلامية لا تطبق أحكام الشرع الشريف ،سوى ما ورد في المادة (٢٩) ما نصه :لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية.

لكن وحيث إن الدستور ألزم بالحكم وفق الشرع فإن ما يتعارض مع ذلك من قوانين خاصة لا يمكن أن يلغي نصا دستوريا ، بل يكون النص الدستوري حكما على ما دونه من قوانين .

والأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية أخرى فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه[١].

والذي عليه العمل في المحاكم الشرعية هو تطبيق القانون الأردني على دعاوى التفريق المرفوعة لدى المحاكم دون النظر إلى جنسية الطرفين إذا كانا مسلمين أو أحدهما مسلما وقبل الطرف غير المسلم بالتقاضي لدى المحاكم الشرعية .ولعل ذلك يكون انسجاما مع ما ورد في المادة ١٤٤٨/٢ من القانون المدني الأردني والتي نصت على احترام القوانين الخاصة وإن تعارضت مع نصوصه (عند تطبيق أحكام هذا القانون تراعى أحكام القوانين الخاصة) .

والذي أراه في المسألة أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق نصا في قانون أصول المحاكمات الشرعية وأن يراعى في النص جميع الحالات المحتملة ، وأقترح أن ينحصر تطبيق القانون على فئات هي :

١- من جرى عقدهم وفق القانون الأردني .

٢- من كانا أردنيي الجنسية أو أحدهما .

٣- بالنسبة لغير الأردنيين يشترط لتطبيق القانون الأردني عليهم الاقامة في الأردن .

---

[١]- المادة (٢٦) من القانون المدني الأردني .

٤- يجوز تطبيق القانون على غير الأردنيين في حال موافقة الطرفين على ذلك .

٥- فيما سوى ذلك يعمل بما ورد في القانون المدني في تطبيق قانون الزوج أو قانون العقد.

وتأتي ضرورة تحديد ذلك لما يثار من أوضاع عند عدم التحديد ، حيث تلجأ بعض الزوجات الى توكيل محامين في الأردن لإقامة دعاوى تفريق على أزواجهن وهن لم يسبق لهن دخول الأردن وكذلك أزواجهن ، وتدور مجريات المحاكمة بين الوكلاء بالخصومة دون إمكانية وجود أطراف العلاقة المباشرين ، وذلك لتستفيد الزوجة من السعة في القانون الأردني في مسائل التفريق .

كما أن من المحاذير ما يمكن أن ينتج جراء الخلل في التبليغات القضائية في حال عدم وجود أصحاب العلاقة المباشرين داخل الأردن أو أحدهما ، مما قد ينتج عنه ضرر بالزوج جراء ذلك.

فرع

وتبقى مسألة مرتبطة بذلك وهي ما هو القانون الواجب التطبيق عند تغيير القانون بعد إجراء العقد وفق القانون القديم .

عند إجراء العقد وهو من العقود الممتدة فإن العاقدين يجريان العقد على ما علما من أحكام القانون ورتبا التزاماتهما وفق ذلك ، لكن قد يحدث وبعد سنوات أن يتم تعديل للقانون فيضيف أسبابا جديدة للتفريق لم تكن موجودة أو يعدل في أحكام الشروط المقترنة بالعقد من حيث أثرها وفاعليتها ، أو قد يجري الزوجان العقد في بلد له قانونه الخاص من حيث الالتزامات المتبادلة بين الطرفين فما القانون الواجب التطبيق إذا تغيرت الالتزامات أو الشروط وفقا للقانون الجديد ، والتي قد لا تكون في حسابات أحد الزوجين أو كليهما ، و قد يشكل هذا ضررا بالغا لهما وأضرب على ذلك مثالا من قانون الأحوال الشخصية الأردني في موضوع المخالعة بين الزوجين ، فقد كان قبل التعديل يشترط فيه موافقة الزوج على المخالعة وبعد التعديل أصبح الزوج يجبر عليها قضاء إذا رفض إجراءها .

ومن خلال واقع الحال فإن كثيرا من الأزواج كانوا يسجلون العقارات والسيارات بأسماء زوجاتهم لأسباب مختلفة على شكل هبة صورية لأنه كان يضمن أنها لا تملك المخالعة إلا بموافقته وإن طلبت المخالعة كان بإمكانه أن يشترط عليها إرجاع ذلك له ليخالعها ، وبعد تعديل القانون فوجئ الزوج بأنه لا حيلة له إلا أن يطالب فقط بما دفعه من المهر إن كانت الفرقة بعد الدخول وبالمهر ونفقات الزواج إذا كانت الفرقة قبل الدخول والخلوة ، ففقد بذلك

ماله وزوجه ، وهو ما لم يراعه التشريع الجديد[١] ، نقول ذلك مع أن الظاهر والأصل قضاء أن ما بيع لها وفق القانون أنه لها دون بيان الأسباب ولكن الأمر مختلف ديانة بينهما وهذا من باب المشكلات الواقعية التي رافقت التشريع والتي لم تكن في حسابات الأزواج .

المطلب الثالث

إجراءات خاصة في دعوى التفريق

دعوى التفريق ينطبق عليها من حيث إجراءات التقاضي ما ينطبق على غيرها من الدعاوى بشكل عام ، ويوجد بعض الإجراءات الخاصة في بعض أنواعها كما يلي :

١-عرض الصلح

لخصوصية مسائل التفريق ولأنها تعنى بالأسرة فإن قرار التفريق لا بد وأن يكون الطرفان فيه وصلا إلى مرحلة لا يستطيعان إكمال الحياة الزوجية معا وللتحقق من هذا وحتى لا يكون هناك أمر عارض يمكن انتهاؤه يبرز دور القاضي في محاولة الإصلاح بنفسه أو من خلال من يعين من المحكمين ، والصلح له أكثر من طريق منه العرض المباشر ومحاولة الوصول بالطرفين إلى حل ما لاستمرار الحياة بينهما ،

وهذا يتضح إجرائيا في دعوى التفريق للشقاق والنزاع[٢] و الخلع[٣]

٢-أمر المتسبب بالضرر بإزالة الضرر وإعطائه إمهالا أو إعذارا للقيام بذلك

وهذا يعتبر طريقا آخر للوصول إلى المصالحة ، وهو أمر المتسبب بالضرر بإزالة الضرر وإصلاح نفسه إن كان ذلك ممكنا وقابلا للتحقيق وهو نوع من معالجة أساس الخلاف وسببه بحيث إذا عولج ارتفع الضرر وارتفع مبرر طلب التفريق .

<u>وهذا تفصيل للإجراءات الخاصة برفع الضرر :</u>

أ-دعوى التفريق للغيبة والضرر أو الهجر والضرر

إذا كانت الدعوى منظورة وجاهياً أو غيابيا ، و المدعى عليه في مكان معلوم يمكن مراسلته، فإن القاضي بعد ثبوت الدعوى ، يعطي مهلة للزوج المدعى عليه ، ليقوم بإزالة الضرر عن المدعية ، ورفع السبب الذي تطلب الفرقة لأجله وهو غيابه عنها أو هجره له ،

---

[١]- ما أود الإشارة اليه أني لا أعترض على مبدأ المخالعة القضائية من الناحية الفقهية و التأصيلية لها فقد قدمت بحثا في مشروعيتها لندوة خصصت لذلك في دائرة قاضي القضاة غير منشورة لكن التطبيق يحتاج إلى مزيد من الضوابط .

[٢]- المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية

[٣]- المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية

ويفهمه أنه إذا لم يقم برفع الضرر عن المدعية سواء بإزالة السبب بالحضور إليها أو نقلها أو بالقيام بتطليقها وتخلية سبيلها فإن القاضي عندها سيقوم بالتطليق عليه[١].

ب-دعوى التفريق لعدم الإنفاق

بعد حصول المرأة على حكم بالنفقة وتنفيذه لدى دوائر التنفيذ وعدم مقدرتها على تحصيل النفقة مع كل ذلك ، ولجوئها إلى طلب التفريق لعدم الإنفاق ، فإن القاضي بعد ثبوت الدعوى وثبوت عجز الزوج أو غيابه عن المحاكمة مع إمكان مراسلته يمهله إن كان حاضرا من شهر إلى ثلاثة شهور ويعذره مدة مناسبة إن كان غائبا وذلك ليقوم بالإنفاق على زوجته وإلا طلق عليه بعد ذلك[٢] .

ج- دعوى التفريق للعجز عن دفع المهر المعجل قبل الدخول

بعد ثبوت عجز الزوج عن دفع المهر المعجل لزوجته وقبل تمكينه من نفسها بالدخول وطلبها التفريق لذلك ، فإن القاضي يمهل الزوج شهرا للدفع ، وإن لم يدفع فسخ القاضي العقد، وهذا في حال كون المدعى عليه حاضرا أو يمكن مراسلته[٣] .

د- التفريق للعيوب

في دعوى التفريق للعيوب فإن العيوب التي يقول أهل الخبرة بأنها قابلة للشفاء في أصلها أو يتوقع ذلك فإن القاضي وبعد ثبوت الدعوى بوجود العيب يؤجل الدعوى مدة سنة لمحاولة العلاج من العيب فإن زال العيب فقد زال المبرر لطلب التفريق ، وإن لم يزل العيب ورفض الزوج التطليق ، طلق عليه القاضي ، ومن هذه العيوب المنصوص عليها في القانون العنة والجنون وكذلك أي علة أو مرض لا يمكن الاقامة معها بلا ضرر[٤] .

فرع

<u>المستند الفقهي للتأجيل في الحالات السابقة</u>

التأصيل الفقهي لهذه المسائل يظهر عند القائلين بها من الفقهاء ، اما الفقهاء الذين لا يجيزون التفريق لهذه الأسباب فإنهم لا يراعون ذلك ،وممن يقول بالتفريق لهذه الأسباب المالكية، وقد نصوا على ضرورة التأجيل و الاعذار و الإمهال في أكثر من موضع ومنه مثلا في التفريق لعدم النفقة [٥] .

---

[١]- المادة (١٢٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .
[٢]- المادة (١٢٧و١٢٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.
[٣]- المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني. والذي لا يمكن مراسلته يفسخ عقده دون إمهال .
[٤]- المواد (١١٥و١١٦و١٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .
[٥]- التاج والإكليل :ج٤ ص ١٩٥ .

والقاعدة عند المالكية في الإمهال و الاعذار والتخيير : أن المقصد إذا اتحدت وسيلته أمر به عينا و إذا تعددت بأن كان له وسيلتان أو أكثر خير بينهما، ولا يتعين أحدهما عينا[١] .

وبعد فإن ما ذهب اليه القانون أخذا بقول من رأى ذلك من الفقهاء أمر يتفق والمقصود الشرعي ، وذلك من باب إتاحة الفرصة للزوج لاستدراك الخطأ الذي وقع فيه أو إعطائه مهلة لترتيب أوضاعه وفق متطلبات العدالة التي تطالب بها الزوجة ، وفي ذلك حفاظ على حق الطرفين معا ، فالزوج لا يضار بذلك لأن بإمكانه رفع الضرر عن الزوجة ، والمحافظة على العقد والأسرة ، والمرأة لا تضار بذلك لأنها أزيل عنها الضرر الذي تدعي أنه سبب طلب الفرقة إذا امتثل الزوج ، وكذلك يزال عنها الضرر عند عدم الامتثال بفسخ العقد أو التطليق فتملك عندئذ نفسها .

وقد أصاب المقننون في التفريق بين حالتي إمكانية رفع الضرر عند إعطاء فترة زمنية لذلك وحالة التفريق مباشرة عند غلبة الظن أن التأجيل لا فائدة له في الحالات التي لا يرجى فيها إزالة الضرر كما في العيوب التي لا يرجى شفاؤها فلا حاجة للتأجيل إذ لا فائدة له سوى التطويل على المرأة (المادة ١١٦ من قانون الأحوال الشخصية) .

المطلب الرابع

وسائل الإثبات المعتمدة لحالات التفريق في قانون أصول المحاكمات و الأحوال الشخصية الأردنيين .

لقد استندت وسائل الإثبات في مسائل التفريق إلى الأحكام العامة في وسائل الإثبات في الفقه الحنفي وهي المرجع في القانون بحسب نص المادة ١٨٣ من قانون الأحوال الشخصية وهي كغيرها من القضايا الداخلة في اختصاص المحاكم الشرعية كالنفقات والمهور وغيرها ، فلا يوجد في الفقه ما يعرف بوسائل إثبات خاصة لمسائل الأحوال الشخصية ، إلا أنه ومع ذلك قد توجد استثناءات لاعتبارات مختلفة .

القواعد العامة في الإثبات في الفقه الحنفي في مسائل الأحوال الشخصية :

١–ثبوت الدعوى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين[٢].

٢–ثبوت الدعوى بنكول المدعى عليه عن اليمين بعد عجز المدعي عن الإثبات[٣].

٤– عدم الثبوت بالشاهد واليمين[٤].

١- القرافي ، الفروق : ج٣ص٢٧٠ .

٢- الموصلي ، الاختيار : ج٢ص١٤٠ .

٣- الموصلي ، الاختيار : ج٢ص١١٠ .

٤- الكاساني ، البدائع : ج٦ص٢٢٥

٥-لا يستحلف المدعى عليه في دعوى النكاح بعد الدخول والرجعة والفيء من الإيلاء وهذه مهمة في الإثبات لأنها ينبني على ثبوتها صحة دعوى التفريق ، والقاعدة أن ما لا يثبت بالنكول لا استحلاف فيه[١] وهذا عند أبي حنيفة و أما عند الصاحبين فإنه يستحلف في هذه الأمور لأن نكوله مظنة كذبه وهو قرينة على إقراره[٢] .

٦-اللعان لا يثبت باليمين لأنه قائم مقام الحد[٣] .

٧-التفريق بسبب الفساد الطارئ على العقد لحصول الردة لا يثبت إلا بالبينة لما يترتب عليه من أحكام خطيرة ، ولا تحليف فيه لأن مرد الحكم فيها إلى الحدود وهي لا تثبت باليمين[٤] .

المسائل المستثناة من تطبيق قواعد الاثبات المذكورة عند الحنفية

هناك اتجاه ملحوظ في القانون رعى فيه حق الغائب الذي يحاكم غيابيا بحيث شدد القانون في إثبات الدعوى على الغائب (الذي يحاكم غيابيا) كونه غير حاضر حيث لا يمكنه غيابه الدفاع عن نفسه ، وذلك في الحالات التالية :

١-رد اليمين على المدعي

وقد أخذ بها القانون في الحكم على الغائب بعد عجز المدعي عن الإثبات وتوجيه اليمين للمدعى عليه ونكوله عن الحضور والحلف ، فقد أوجب على المدعي حلف اليمين للحكم له وفق الدعوى[٥] .

ومثال ذلك ، إذا ادعت الزوجة الشقاق على زوجها وطلبت التفريق بسببه وعجزت عن الاثبات ، وكان غائبا ، فالمحكمة وعملا بالمادة ١٧٤٢ من مجلة الأحكام العدلية تحلف الزوج بناء على طلب المدعية اليمين الشرعية على نفي دعواها ، ولأنه غائب فيتم تبليغه اليمين ويكلف الحضور للمحكمة لحلفها ، فإذا لم يحضر يعتبر ناكلا عن اليمين ، واحتياطا له لأن النكول هنا ظني لأنه غير صريح تحلف المحكمة المدعية وفق دعواها عملا بالمادة (٧٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

٢-حصر الإثبات بالبينة أو الإقرار

في دعوى التفريق للغيبة والضرر أو الهجر والضرر المنظورة غيابيا بحق المدعى عليه المجهول محل الإقامة ، أوجب القانون إثبات الدعوى بالبينة فقط ، ولا تثبت الدعوى في

---

[١]- الموصلي ، الاختيار : ج٢ص١١٢

[٢]- الكاساني ، البدائع : ج٦ص٢٢٦و٢٢٧ .

[٣]- الكاساني ، البدائع : ج٦ص٢٢٦ .

[٤]- الكاساني ، البدائع : ج٦ص٢٢٦ .

[٥]- المادة (٧٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

هذه الحالة بالنكول واليمين المردودة ، وذلك لأن مجهول محل الإقامة في الغالب يكون تبليغه حكميا بواسطة النشر وليس تبليغا حقيقيا يقينيا فتم الاحتياط له بما يستوجب الإثبات بأقوى البينات ، وهذا ينطبق على التفريق لعدم الإنفاق فيما يتعلق باشتراط ثبوت الدعوى بأمرين فقط الإقرار أو البينة[١] .

وقد أصدرت محكمة استئناف عمان الشرعية قرارا خماسيا[٢] في هذا الموضوع بتاريخ ٢٠٠٥/١/٣١ يحمل الرقم ٢٠٠٥/١١١-٦١٦٧٠ ، قررت فيه مبدأ ضرورة ثبوت الدعوى في حالات التفريق للإعسار عن دفع المهر بالبينة أو الإقرار ، وعللت ذلك بنص المادة التي حصرت الإثبات بالبينة أو الإقرار ورأت أن هذا الحصر مقصود لذاته من قبل المقنن .

٣-يمين المدعي مع البينة

أضيف في بعض الحالات توجيه اليمين إلى المدعي بعد إثباته الدعوى بالبينة ، وذلك في حالات غياب المدعى عليه ، وعدم إمكان مراسلته ، ويتم تحليف اليمين بواسطة القاضي دون طلب من أحد الخصوم وذلك بحكم القانون[٣] .

والتحليف مع البينة مذهب المالكية والشافعية ووجه مخرج عند الحنابلة[٤] الذين يشترطون اليمين مع البينة ، وقد عللوا ذلك بأن من شهدت البينة ضده وجب سؤاله عن موقفه من البينة وعن البينة ذاتها ، ولكن بغيابه أقيمت اليمين مقام سؤاله عن البينة ، وذلك احتياطا للغائب،قال ابن القيم (وهذا القول ليس ببعيد من قواعد الشرع ولا سيما مع احتمال التهمة)[٥] ، أما الحنفية فإنهم لا يرون الأخذ بذلك حيث لا اجتماع عندهم بين البينة واليمين ودليلهم الأصل الفقهي : البينة على المدعي واليمين على من أنكر[٦] .

وهذا التوسع في الاحتياط للغائب أمر محمود وذلك لأن الغائب لا يعلم سبب غيابه ، ولعله إذا حضر دفع الدعوى ، فلا بأس لمزيد من التيقن قبل إصدار القاضي الحكم ، وبالتحليف تزداد القناعة بالبينة المقدمة ، كما أن اليمين قد تردع الشخص عن الاستمرار في الدعوى إذا كان غير محق وعلم بوجوب حلفه ، لأن لليمين مهابة عند الناس قد تفوق غيرها من

---

[١]- المادة (١٣٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[٢]- القرار الخماسي : القرار الذي يصدر عن هيئة محكمة الاستئناف المشكلة من خمسة قضاة وهذا يحدث في حالات محددة نصت عليها المادة (١٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ومنها كما في هذه الحالة وجود قرارات متناقضة في نفس الموضوع صادرة عن محكمة الاستئناف بحيث قضت بعضها بصحة الإثبات بالنكول وحلف اليمين وبعضها بعدم صحة ذلك ، فكان لا بد من هيئة خماسية للخروج بمبدأ عام متفق عليه .

[٣]- المادة (١٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

[٤]- ابن جزي ، القوانين الفقهية : ص١٩٩ ، الزركشي ، المنثور :ج ٣ ص ٣٨٤ ، الأسيوطي ، جواهر العقود : ج٢ص٢٨٨ .ابن القيم، الطرق الحكمية : ج١ ص ٢١٤ .

[٥]- ابن القيم، الطرق الحكمية : ج١ ص ٢١٤ .

[٦]- الموصلي ، الاختيار : ج٢ص١١١

الاجراءات، خاصة وأن القانون يعاقب على اليمين الكاذبة بعقوبة مشددة إذا كانت سببا في الحكم[1] .

المبحث الثاني

تعدد درجات التقاضي وطريقة إصدار الحكم وأثر ذلك على الفرقة

التقاضي بحسب قانون أصول المحاكمات الشرعية في المحاكم الشرعية درجة واحدة من قاض منفرد وتسمى محكمة بداية ، إلا أنه خاضع للرقابة والتدقيق من جهة قضائية أعلى هي محكمة الاستئناف وهي محكمة قانون وتدقيق ، وليست محكمة تقاض وترافع في أصل إنشائها ، وجميع الأحكام التي تصدر عن قاضي البداية تكون قابلة للاستئناف ويضاف إلى ذلك أن أحكام التفريق بجميع أنواعها قابلة للاستئناف ، وموقوفة النفاذ على تصديقها منها، فلا ينفذ أي من أحكام التفريق ما لم يخضع للتدقيق من محكمة الاستئناف وتؤيده ، وقد أوجب القانون على المحاكم أن ترفع القضايا الخاصة بالتفريق لتدقيقها استئنافا ولو لم يستأنفها أحد من الخصوم.

وهذا الأمر مرتبط ببحثنا هذا من خلال الأثر المترتب على تأييد محكمة الاستئناف لحكم محكمة البداية أو الأثر المترتب في حال فسخ الحكم أو تعديله من قبل محكمة الاستئناف.

إن طريقة إصدار الأحكام الابتدائية وطرق الطعن فيها من المسائل المهمة من حيث الآثار المترتبة على حكم التفريق ، وابتداء لا بد أن نقدم إيجازاً عن هذه الموضوعات ثم نذكر الآثار بعد ذلك .

طريقة إصدار الحكم

حكم التفريق يصدر كغيره من الأحكام بثلاث طرق إما غيابيا وذلك في حال عدم حضور المدعى عليه لأي جلسة من جلسات المحاكمة ، و وجاهياً في حال حضور المدعى عليه جلسة النطق بالحكم ، وغيابيا بالصورة الوجاهية في حال غياب المدعى عليه عن جلسة النطق بالحكم وحضوره لأي من جلسات المحاكمة .

وفي كل تلك الطرق يصدر القاضي حكمه بالفرقة في حالات إنشائها من قبل القاضي من تاريخ الحكم أي يكون تاريخ ابتداء الفرقة سواء بالتطليق أو الفسخ من تاريخ الحكم بها، لكن القرار ذاته يتضمن أمورا مهمة لها علاقة وأثر في آثار الفرقة .

---

[1]- أنظر المادة رقم (٢٢١) من قانون العقوبات الاردني والذي عاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات وبالغرامة من خمسة دنانير الى خمسين دينارا على كل من حلف بصفة كونه مدعيا ام مدعى عليه اليمين الكاذبة

إن الحكم إذا صدر غيابيا يكون قابلا للاعتراض عليه من قبل المدعى عليه ، كما يكون قابلا لاستئنافه من قبل الطرفين ، و يكون موقوف النفاذ -في حال عدم الاعتراض عليه أو استئنافه وفي جميع الأحوال-على تدقيق محكمة الاستئناف وتأييده[١] .

الاعتراض على الحكم الغيابي[٢]

الاعتراض على الحكم الغيابي يعيد الدعوى إلى أول أدوارها ويكون على القاضي النظر في الأسباب التي أوردها المعترض في اعتراضه على الحكم وهذا الاعتراض بعد النظر فيه ينتهي بأحد القرارات التالية :

١-رد الاعتراض وتأييد الحكم .

٢-تعديل الحكم .

٣-فسخ الحكم كليا .

وفي الحالات جميعها يبقى للمعترض أو المعترض عليه بحسب واقع الحكم الحق في الاستئناف من تلقاء نفسه أو بحكم القانون ، ويبقى سريان حكم الفرقة متوقفا على نتيجة ذلك .

هذا كله يثير تساؤلا مهما في الآثار وهو : متى يبدأ الطرفان في حساب ما يترتب على الفرقة من آثار بخصوص بداية العدة والحل للغير والمطالبة بالحقوق المالية؟ هل يبدأ ذلك من تاريخ حكم المحكمة الابتدائية أم من تاريخ حصول الحكم على الدرجة القطعية وذلك بعد صدور قرار محكمة الاستئناف فيه .

فإذا قلنا أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم فستعتد المرأة ولا بد أن تلتزم أحكام العدة الشرعية وقد تنقضي فترة العدة قبل صدور القرار القطعي وقد يكون بالنتيجة فسخ الحكم أو تعديله فتكون المرأة قد اعتدت وانفصلت عن زوجها في غير طائل وستنتظر الحكم الجديد لتبدأ عدة جديدة وهكذا ، وقد تكون لا عدة عليها لحصول الفرقة قبل الدخول ، وعند ذلك لا تحل للأزواج حتى يصدر القرار القطعي مع أننا في العدة ابتدأنا بالحساب من تاريخ الحكم وهذا كله يحدث مع أن القاضي يشير في حكمه إلى أن الحكم موقوف النفاذ على تصديقه ، فكيف يكون موقوف النفاذ وفي نفس الوقت تبدأ المرأة العدة .

وعلى العكس من ذلك إذا صدر القرار الابتدائي صحيحا واجب التأييد استئنافا فإذا قلنا بتوقف سريان الآثار إلى تصديقه فإن ذلك قد يطول الأمر على الزوجين بالإضافة إلى إجراءات التبليغ التي قد تأخذ وقتا ليصل العلم للطرفين بالقرار النهائي في الدعوى .

---

[١]- بحسب المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

[٢]- انظر المواد ١٠٩ وما بعدها من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

وهذه الافتراضات مجتمعة لم يتعرض لها الفقهاء قديما لعدم تعدد درجات التقاضي في زمانهم .

والمعمول به لدى القضاء الأردني أن الحكم تبدأ آثاره من تاريخ الحكم به ، لأن مصدر الحكم هو القاضي الابتدائي وهو الذي قرر الفرقة وثبت عنده موجبها ، والآثار تبدأ من تاريخ تحقق موجبها ، وعملية رفع الأحكام للتدقيق من قبل محكمة الاستئناف ما هو إلا إجراء يراد منه الاحتياط لهذا النوع من القضايا لأهميتها وأثرها البالغ على الحل والحرمة وعلى مستقبل الأسرة ، وعمل محكمة الاستئناف هو عمل رقابي على الإجراءات الشكلية والموضوعية التي يتوجب على القاضي السير فيها والتي يترتب على الإخلال بها بطلان الحكم من أصله وجعله كأن لم يكن ، وهذا يشبه إلى حد ما تعقب أحكام القضاة في زمن الفقهاء وإبطال ما يستوجب الإبطال لمخالفته النصوص الشرعية .

وسريان الآثار يشبه إلى حد ما سريان آثار الطلاق على المرأة من تاريخ الطلاق لا من تاريخ علمها ولو لم تكن قد اعتدت بالفعل فإنها لا تستأنف عدة جديدة كما هو كذلك في الوفاة وذلك لأن موجب العدة قد حصل بالطلاق أو الوفاة [١].

ولذلك لو نعي لها زوجها وبدأت العدة ثم ظهرت حياته قطعت عدتها لبطلان تحقق الوفاة .

ومما يشبه ذلك وجوب اعتداد المرأة عند الشافعية إذا ارتد زوجها ، فإن عليها العدة مع عدم حصول الفرقة بمجرد الردة ، لأن الفرقة عندهم لا تحصل إلا في حال انقضاء العدة دون توبة الزوج ، فإن تاب بقيت الزوجية قائمة وكانت العدة في غير فرقة ، وإن لم يتب حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما.

وهذه الحالات لا تشكل اليوم محذورا كبيرا وذلك لعدم تنفيذ الأحكام إلا بعد حصولها على الدرجة القطعية فيما هو مرتبط بالتنفيذ على الغير، كالحل للغير أو المطالبة بالحقوق المالية.

ويبقى الأثر المترتب على المسائل ذاتية التطبيق كالعدة ، ولذا فقد أخذ مشروع القانون الموحد الذي أعد لسوريا ومصر في المادة ١١٦ فقرة ب أن العدة تبدأ من حين صيرورة الحكم مبرما غير قابل لطريق من طرق الطعن وذلك حين القضاء بالتطليق أو التفريق أو الفسخ[٢].

ومن الأثار المهمة التي تحتاج الى بحث الأثر المترتب على إبطال الأحكام القضائية بعد صدورها بشكل قطعي وذلك بالطعن فيها بطرق الطعن غير العادية وهي اعتراض الغير –

١- المادة ١٤١ من قانون الأحوال الشخصية .

٢- الزرقا ومجموعة مقننين ، المشروع الموحد لقانون الأحوال الشخصية : ص ٢٣١ .

والغيرهو المتضرر من نتيجة الحكم ولم يكن ممثلا في الدعوى –[١] ، وإعادة المحاكمة. ولتوضيح ذلك أضرب هذا المثال :

صدر حكم بالفرقة بين امرأة وزوجها بناء على بينات معينة ثم بعد حصول الحكم على الدرجة القطعية ثبت للزوج أن البينات المقدمة بينات مزورة وحصل على حكم بذلك ثم طلب إعادة المحاكمة لأن الحكم بني على بينة مزورة وكانت المرأة قد اعتدت من زوجها بعد الحكم الأول وتزوجت من غيره ، ثم ثبت بنتيجة الدعوى بعد إعادة المحاكمة أن الحكم يستوجب الفسخ والبطلان فقامت المحكمة وأبطلت الحكم بالتفريق وأبطلت كل ما بني عليه بعد ذلك ، فالأثر المترتب على ذلك فسخ العقد الثاني ورجوع المرأة لعقد نكاحها الأول ؛

وأقترح أن يؤخذ في هذه الحالة برأي المالكية وهو ما يسمى عندهم فوت المرأة على زوجها الأول بحيث إذا تزوجت من آخر ، ثم ظهر أن سبب التفريق غير صحيح ، فإنهم يفرقون بين حالة الدخول وعدم الدخول ، فعند عدم الدخول ترجع للأول ويلغى العقد الثاني ، وبعد دخول الثاني بها تفوت على الأول وتبقى على نكاحها الثاني ، وذلك رعاية للعورات وحفظا للأنساب ، ما لم تكن محتالة على الزوج قاصدة الكذب في البينة[٢] ، و قد أخذ القانون بهذا المفهوم نصا في حالة التفريق بسبب فقد الزوج بعد الحكم بموته فقد نص القانون على أن زوجها الأول أحق بها ما يدخل بها الثاني ، إلا أن القانون لم يعمم حكم هذه الحالة على غيرها[٣] .

وقد استدل الإمام مالك لذلك بقضاء عمر ومعاوية وعبدالله بن الزبير رضي الله عنهم أجمعين ، وقياسا على الشفعة في الأموال ، فالقول بالشفعة فيه إبطال للعقد السابق وذلك للضرر المتوقع من الشريك ، وهنا الضرر على الزوج الثاني واقع حتما بالفرقة فيلغي العقد الثاني العقد الأول لذلك [٤].

---

[١]- المادة ١١٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

[٢]- القرافي ، الفروق : ج٣ ص١٨٧ و ص١٩٧ .وضرب أمثلة على ذلك منها التفريق للغيبة لا بد أن يكون بغير عذر فان تمت الفرقة ثم حضر وأظهر عذرا وحجة لغيابه لا ترجع اليه اذا دخل بها الثاني بعكس التفريق لعدم الإنفاق فان كانت قد أبرأته من النفقة وأنكرت ذلك ثم حكم لها بالفرقة فانها ترجع للأول وإن تم الدخول . وقد ذكر في ص/١٩٥: أن حكم الحاكم في الفرقة ينزل منزلة الطلاق وإن لم يكن في الحقيقة طلاق حيث أن الفسخ يمكن أن يستقل به القاضي وقد ذكر القرافي كلاما أصوليا جميلا ومفيدا في ذلك فليرجع اليه للفائدة .

[٣]- المادة ١٧٩ من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

[٤]- الفروق ، القرافي :ج٢ص١٨٩ .

المبحث الثالث

أثرُ وفاة طرفي الدعوى أو أحدهما عليها

صورةُ المسألة

إذا توفي أحد طرفي الدعوى أو كلاهما في أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور الحكم من المحكمة الابتدائية ونظرها من قبل محكمة الاستئناف تدقيقا ، فما الاجراءات والآثار المترتبة على هذه الوفاة على الخصومة في الدعوى واستمراريتها و العدة والحقوق المالية للطرفين ؟ هذا ما سأتناوله في المطالب الآتية :

المطلب الأول

الخصومة في الدعوى واستمراريتها

إما أن تحصل الوفاة قبل فصل الدعوى والحكم بها من المحكمة الابتدائية ، أو بعد فصلها وقبل صدور قرار محكمة الاستئناف .

حصول الوفاة قبل صدور الحكم الابتدائي

لقد عالجت المادتان ٩٩ و ١٠٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية موضوع وفاة أطراف الدعوى حيث نصت المادة ٩٩ على أن الدعوى لا تسقط بوفاة المدعي أو المدعى عليه إذا ظل سبب الدعوى قائما أو مستمرا ، كما نصت المادة ١٠٠ على أنه إذا توفي أحد الفرقاء والدعوى قائمة تبلغ الورثة بناء على طلب الفريق الآخر أو بأمر المحكمة وتتابع المحكمة رؤية الدعوى من النقطة التي توقفت عندها .

وقد اتبعت محكمة الاستئناف الشرعية[١] ما نصت عليه المادتان في قرارها رقم ٩٧٩٠ تاريخ ١٩٥٨/٢/٢٥ .

وهذا المبدأ هو مبدأ عام في مجمل القضايا فهل يمكن أن يطبق على قضايا التفريق ؟

إن الاجابة على هذا السؤال تقتضي معرفة سبب الدعوى وذلك من خلال حالتين للدعوى هما:

الحالة الأولى : أن يكون موضوع الدعوى إثبات وجود فرقة سابقة على الدعوى ،رغب المدعي في تثبيتها وتوثيقها .وسواء كانت الفرقة عبارة عن طلاق سابق من الزوج أو حالة من حالات الفسخ الوجوبي لوجود سبب مقارن للعقد أو طارئ عليه ، كثبوت الرضاع المحرم أو الردة أو تلفظ الزوج بطلاق معتبر دون رجعة وانتهاء العدة .

---

[١]- الداود ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية : ج١ ص٢ ٣٨٨ .

فالهدف من الدعوى هو تثبيت المدعى به وبيان أحكامه ، وهذه الدعوى لا تنتهي بمجرد الوفاة ، لأن الأمر فيها يتعلق بفرقة سابقة واقعة غير مثبته ، و تثبيتها لم ينقض بالوفاة لما يترتب عليها من آثار تتعدى المتداعيين إلى الورثة أو من هو على قيد الحياة من الزوجين ، وينبني على ذلك استمرارية الدعوى ودخول ورثة المتوفى مكان مورثهم في الدعوى ، وفي هذه الحالة يكون الاستمرار في الدعوى واجبا لتعلقها بالنظام العام .

الحالة الثانية : أن يكون موضوع الدعوى التفريق بناء على طلب أحد الأطراف لوجود سبب من الأسباب التي تجيز هذا الطلب كطلب الزوجة التفريق للغيبة أو الهجر أو طلب الزوج التفريق للعيوب أو الولي لعدم الكفاءة .

وهذه الحالة يكون الهدف من الدعوى فيها إنشاء الفرقة بحكم القاضي ، والوفاة تجعل من الفرقة أمراً واقعاً محققا فينقضي بذلك سبب الدعوى ، وهذا في حال كان المدعي الزوج أو الزوجة ، أما إذا كان المدعي هو الولي ثم توفاه الله فإن سبب الدعوى يبقى قائما لأن الفرقة لم تتم ، ويبقى في هذه الحالة معرفة حق الولي الأبعد في أن يحل محل الولي المتوفى في طلب الفرقة .

وحكمه أن الولي الذي لم يوجد منه القبول أبدى اعتراضه ورغبته في التفريق فإذا مات انتقل الحق إلى من يليه من الأولياء وله إتمام الدعوى أو إنهاؤها ما لم يظهر منه قبول للنكاح، وفي هذه المسألة لا يدخل الورثة بصفتهم الارثية و إنما الذي يدخل هو من انتقلت اليه الولاية بحسب الترتيب المعتمد عند الفقهاء .

حصول الوفاة في أثناء نظر الدعوى تدقيقا من قبل محكمة الاستئناف

إذا حدثت الوفاة بعد صدور الحكم الابتدائي وقبل تصديقه من المحكمة الأعلى فإن محكمة الاستئناف تنظر الدعوى وتدققها وذلك لتعلق حق الله في الحكم الابتدائي كونه يقضي بالفرقة بين الزوجين ولما يتبع ذلك من أثر ، لأن تصديق الحكم يعني سريان أحكامه من تاريخ صدوره ، وفسخه يعني كأنه لم يكن ويتضمن ذلك عدم ترتب أي أثر عليه ، فلهذا الاعتبار تستمر الدعوى ، ويبلغ الورثة بنتيجتها لأنها لا تنظر مرافعة عند التدقيق ، وقد سارت على ذلك محكمة الاستئناف الشرعية في أكثر من قرار لها[1].

---

[1]- انظر القرار رقم٩ ١٨٨٣ و القرار ٢٤٤١٢ تاريخ ١٩٨٤/١/٢٢ ، الداود ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية:ج١ ص٢٦٦

وإذا حصلت الوفاة بعد الحكم الابتدائي وقبل رفع القضية للتدقيق يبلغ ورثة المتوفى وبعد مضي المدة الباقية للاستئناف من تاريخ الوفاة ترفع للاستئناف لتدقيقها [١].

ومن أسباب ذلك أيضا أن الحكم الابتدائي هو الأصل وهو الفاصل في الدعوى وما عمل محكمة الاستئناف إلا التحقق من إجراءات التقاضي فيه ، فإن كانت صحيحة صدقت الحكم وهذا التصديق معناه أن إجراءات المحاكمة الابتدائية كانت سليمة ، فيترتب على حكمها آثاره كاملة ، ولذا فإن الوفاة لا تؤثر على الحكم إن كان صحيحا ، و قياسا على أن أحد الخصوم لا يملك إسقاط الدعوى أو إلغاءها بعد صدور الحكم الابتدائي ، ما لم يكن غيابيا ولم يبلغ خلال سنة من تاريخ صدوره .

المطلب الثاني

العدة والحقوق المالية

العدة من الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق ، فإذا حصلت الوفاة في أثناء نظر الدعوى فعند الحكم باستمرار الدعوى كما ورد في المطلب الأول ، فلا بد من انتظار نتيجتها لأن نتيجة الحكم هي التي تقرر نوع العدة ، فإن ثبت وجود طلاق سابق وانتهاء العدة فإن الزوجة هنا لا تعتد للوفاة وتكتفي بعدتها من الطلاق ، وكذلك الحال في الحكم بثبوت انفساخ العقد ، وأما إن صدر الحكم بالفرقة من المحكمة الابتدائية ثم حصلت الوفاة فللعدة حالتان :

الأولى : إن صدق الحكم استئنافا فتعتد المرأة عدة الطلاق إن كانت الفرقة طلاقا بائنا كالتفريق للغيبة والهجر والسجن ، ولا ترث زوجها ، وتستحق من المهر ما حكم لها به أو نص عليه القانون بحسب نوع الفرقة التي حصلت وسببها .

وإن كان الطلاق رجعيا تستأنف عدة وفاة لأنها في حكم الزوجة وترث زوجها كذلك .

الثانية : إن فسخ الحكم استئنافا ، فالحكم الابتدائي يكون كأن لم يكن وتعتد المرأة عدة وفاة لحصول الوفاة أثناء الزوجية ولها المطالبة بإرثها من زوجها وتستحق كامل مهرها .

---

[١] - انظر القرار الاستئنافي رقم ١٨٦١٥ / داود القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعيةج١ص٥٢ .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وبعد :

فإنه في ختام إعداد وعرض هذه الدراسة أسأل الله العلي القدير أن أكون قد وفقت فيما أردت أن أصل اليه من خلال هذا العمل ، وكل صنع البشر يعتريه النقص والخلل ، فالكمال لله وحده ، والعصمة لمن عصم من خلقه بأمره وتقديره ، فما أصبت فيه فذلك فضل من الله وهداية، وما جانبت فيه الصواب فلقصور في نفسي ، وهو تسديد ومقاربة أملا في الخير والفلاح .

وفي نهاية هذا البحث أضع بين يدي القارئ هذه الخاتمة فأقول :

النظرية وكما تم الإشارة إليها في مقدمة هذه الدراسة هي مفهوم كلي ، يندرج تحته قواعد كثيرة ينتج عنها أحكام متعددة ، وهي بهذا المفهوم يمكن تطبيقها على موضوع التفريق القضائي بين الزوجين بعناصرها ومقوماتها الممتدة في ثنايا أوراق هذه النظرية ويمكن تلخيص مضمونها بوجود عقد زواج بأطرافه المعروفة والتي يتشكل منها فيما بعد المدعي والمدعى عليه ولكل منهما شرائطهما الخاصة ؛

ثم البحث عن سبب التفريق والذي يتضمن شروطا موضوعية لا بد من توافرها ، يجمعها تحقق الضرر بأنواعه المختلفة ؛

ثم الاجراءات القضائية الخاصة بدعوى التفريق والتي تتطلب شروطا خاصة في كيفية التقاضي ، وإدارة الدعوى والبينات وطرق الاثبات وكل ما يتعلق بالخصومة ،

ثم الأحكام النهائية الفاصلة في النزاع ولها أيضا شرائط وصفات شكلية وموضوعية.

فقوام النظرية يقتضي وجود عقد زواج حسي أو شرعي ، و حصول الضرر بمعناه العام ، وهو إما ضرر مادي أو معنوي أو شرعي ، ويمكن أن يتمثل بالأحوال التالية :

١-تعذر استيفاء المنفعة من العقد .

٢-تعذر حصول المقصود الشرعي من العقد أو عدم حصوله إلا بإرهاق كبير للعاقد .

٣-تفويت مصلحة على أحد المتعاقدين .

و الحكم العام في النظرية الذي يندرج على مجمل الجزئيات والأفراد يكمن في الأثر المترتب على تطبيق مضمون النظرية ويتحدد بأحد أمرين :

الأول : إزالة الضرر المترتب بإزالة سببه في خطوة أولى .

الثاني : فسخ العقد عند تعذر إزالة سبب الضرر ، مع مراعاة الجانب المعنوي لعقد الزواج غير القابل للإجبار القضائي المعهود في إزالة الضرر المادي .

ولقد وصلت من خلال هذه الدراسة إلى النتائج التالية :

أولا : إن طريق اختيار الحالات والأسباب التي تجيز أو توجب التفريق بين الزوجين هي طريق اجتهادي خاضع لكل وسائل الاجتهاد الأصولي المعتمدة ، وكلما كانت الأصول المعتمدة اكثر اتساعا وتنوعا كانت الحالات كذلك ، وخلصت إلى أن مناهج الفقهاء فيها تتلخص فيما يلي :

١-يعتبر المذهبان الحنفي والظاهري الأكثر تضييقا وتشددا في عدد حالات التفريق ويعود السبب في ذلك إلى اقتصارهما على النص و الإجماع في تشريع الحالات ، ولم يعملا القياس أوالاستحسان فيها ، وقد توصلت إلى القناعة بان الحنفية كانوا أقرب الى الظاهرية في هذا الأمر .

٢-جاء المذهب الشافعي وسطا بين المذاهب في عدد الحالات ، وقد كان أوسع من الحنفية لقبوله القياس سببا في إثبات الفرقة .

٣-أما المذهبان المالكي والحنبلي فقد كانا أوسع المذاهب في عدد حالات الفرقة ومن أسباب ذلك اعتمادهم لما اعتمده غيرهم من أصول لاثبات الحالات و أضافوا عليها المصلحة واعتبار المعنى العام .

ثانيا : مسائل التفريق القضائي يحكمها فهم عام ومنهج خاص في كل مذهب من مذاهب الفقهاء الأربعة يحكمه أصول المذهب الفقهية ، ونظرته إلى العقد بين الزوجين هل هو أقرب إلى باب العبادات أم إلى باب المعاملات ، والنتيجة أن من جعله الى العبادات أقرب ضيق من طرق الاستنباط فيه ، وكذلك من إعمال العلل والمعاني ، ومن جعله الى المعاملات أقرب وسع من طرق الاستنباط وإعمال المعاني و العلل ، مما أدى الى توسيع مجال الحالات التي يجوز التفريق بناء عليها .

ثالثا : حاول فقهاء المذهب الواحد أن يشكلوا قدر الإمكان وحدة متناسقة لمجمل قضايا عقد النكاح وفرقه ، في إطار تشريعي يكمل بعضه بعضا ، يشبه البناء الذي يعمل صانعه على اختيار القطع والمراحل المتوائمة مع ما سبقها وما سيتبعها ضمن مخطط معد واضح في الذهن، فمحاولة اجتزاء الأحكام دون هذا النظر الشمولي يصيب بالخلل والتشوه البناء الذي نرغب في إتمامه .

رابعا : إن اختيار التطليق على الزوج من أحد نوعي الفرقة القضائية _ الفسخ أوالتطليق على الزوج – للحكم بها بنتيجة دعوى التفريق هو توسع في النيابة الشرعية عن الغير دون إذنه ، ولا ضرورة في ذلك ، لوجود البديل عنه وهو ممارسة القاضي لسلطته العامة في إزالة الضرر بفسخ العقد دون إلزام البالغ العاقل ما لم يلتزمه من أحكام ، والقيام بما يشبه الوصاية عليه عند التطليق عليه مع رفضه ذلك .

وملخص مناهج الفقهاء في تحديد نوع الفرقة بالفسخ أو الطلاق كما يلي :

١-كان الحنفية مع قلة عدد الحالات الأكثر اعتمادا لمبدأ النيابة الحكمية عن الزوج بحيث طلقوا عليه كلما كان السبب من قبله ، ولجأوا إلى الفسخ في الحالات التي تسببت بها المرأة في الفرقة لعدم جواز النيابة عنها في الطلاق .

٢-المالكية اعتمدوا منهج التطليق ما أمكن ، وليس الفسخ ، لكن لغير السبب الذي اعتمده الحنفية بل للوصول إلى حكم أكيد بالفرقة ، حيث رأوا أن الفسخ هو إجراء محله الانفساخ الطبيعي الحكمي للعقد ، وذلك لا يكون إلا في الحالات التي يتفق عليها بين الفقهاء أو التي دليلها من القوة بحيث لا يدفعه دليل المعارض ، ولذا نجدهم توسعوا في النيابة عن الزوج في التطليق بحكم القاضي .

٣-الشافعية والحنابلة لم يعتمدوا النيابة عن الزوج إلا للنص أو الضرورة ، وبقي الحكم العام هو فسخ العقد بموجب الولاية العامة للقاضي عند تحقق الأسباب .ولذا فهما يعتبرا من المشددين في استعمال القاضي مبدأ النيابة عن الزوج في الطلاق ولا يرون التوسع في ذلك.

خامسا : في ما يتعلق بالحق المالي في عقد الزواج فقد أسس الفقهاء لقاعدة ارتباط الغرم بالمتسبب بحيث ألزموا المتسبب بالفرقة بنتائج ذلك سواء في المهر أو المتعة ، وهي قاعدة عادلة يمكن وضعها في إطار عام عند التقنين وقياس الأحكام عليها .

سادسا : اتجهت القوانين العربية إلى التوسع في اختيارها لحالات التفريق معالجة لكل احتمالات الضرر التي قد تنشأ بين طرفي العقد لتبقي المجال أمام الناس و القضاء واسعا إيجاد الحلول دون إلجاء الناس إلى الحيلة أو الابتعاد عن المشروع وذلك في إطار أحكام الفقه الإسلامي المتعددة ، وهو خير من الوصول إلى طريق مسدود يلتفت عن كل حل كما فعل الحنفية مثلا فما كان منهم بعد ذلك إلا أن يقولوا للمتضرر من الزوجين بلاء حل بك ليس لك إلا الصبر.

سابعا : مجمل حالات التفريق عند الفقهاء روعي فيها اعتبار الضرر ، وأريد بالضرر هنا معناه العام المنظور له من الناحية الشرعية وقد رأيت في تلك الحالات أن الضرر وهو سبب الفرقة يمكن أن نقسمه كما يلي :

١-أضرار حكم بها الشرع أنها كذلك لمخالفتها للنظام العام الشرعي ، وهي مرتبطة بكون المرأة محلا جائزا للعقد ، فحكم الشرع بعدم الحلية يقتضي وقوع الضرر العام والخاص في استمرار وجود عقد النكاح مع هذا السبب.

٢-أضرار متعلقة بأحد أهم مقاصد النكاح وهي حل إحصان كل من الزوجين للآخر ، فإذا انهدم هذا المقصد واقعا ولم يعد بالإمكان تحقيقه روعي الضرر الناشئ عن ذلك بتجويز الفرقة ليتسنى للمتضرر إزالة الضرر عن نفسه بزواج آخر كالهجر والغياب والمرض المانع من المعاشرة والسجن .

٣-أضرار نفسية ومعنوية تتمثل بإحداث أحد الزوجين للآخر ضررا معنويا بسوء السلوك أو بالتدليس عليه بأحد الوصاف المشترطة ومخالفة الشروط المتفق عليها في العقد ، أو بوجود عيوب خلقية أو منفرة ووجود الشقاق وما يتبعه من أثر على تربية الأولاد .

٤-أضرار مادية يتسبب بها أحد الزوجين كالعنف الجسدي والضرب وما شابه ذلك .

٥-أضرار مالية وتتعلق بالزوجة لأنها صاحبة الحق المالي في عقد الزواج وما ينشأ عنه من حقوق مالية ، مثل الإعسار عن دفع المهر المعجل أو الامتناع عن النفقة .

٦-أضرار يعود آثارها إلى الأسرة الأم التي خرجت منها الزوجة قد تكون مادية أو معنوية من خلال المصاهرة كعدم الكفاءة أو وجود العيوب أو تسمية أقل من مهر المثل .

ثامنا : وجدت أن هناك عدالة وتوازن في اختيارات قانوني الأحوال الشخصية وأصول المحاكمات الأردنيين فيما يتعلق بمحاكمة الغائب تيسيرا على الحاضر وبنفس الوقت مراعاة غيابه والاحتياط له في طريق اثبات الدعوى عليه ، وهو اتجاه في القانون ينبغي المحافظة عليه.

كما أن هناك ملحظ عام آخر ، وهو اهتمام القانون بإعطاء المتسبب بالضرر المهلة الكافية لغايات رفع الضرر قبل الحكم بالفرقة كل ذلك حفاظا على الأسرة من التفكك ، في محاولة أخيرة علها تنفع في جمع الشمل بين الزوجين ، وهذا اتجاه سديد يؤيده الواقع العملي والنظري في عدم الاستعجال في إصدار قرار الفرقة ، حيث يكون الوقت أحيانا جزءا من الحل إضافة

لما يرافقه من إجراءات للصلح والمتابعة ، ودون إضرار بطالب الفرقة في التأخير في الحكم لغير داع يقتضيه .

وأما التوصيات التي خرجت بها فهي :

أولا : عند تقنين الأحكام الخاصة بالتفريق أو تعديل المقنن منها ضرورة مراعاة الوحدة المنهجية في الإطار المذهبي الواحد عند اختيار الأقوال من بين المذاهب وأن يراعى التكامل بين مجموع الأحكام المختارة بما يحفظ تحقيق المقصود الشرعي منها حيث أن المذهب الواحد في الغالب ينظر إلى جزئيات الموضوع في إطار تشريعي واحد يتناسق في أحكامه فاختيار الأقوال دون ملاحظة هذا الأمر يؤدي إلى الخروج بنتاجات مجتزأة مضطربة غير متناسقة .

ثانيا : إعادة صياغة مواد التفريق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ، بحيث تتضمن الصياغة الجديدة تقسيما أوضح يخصص قسم منها للأحكام العامة تبين من خلاله منهجية اختيار نوع الفرقة وأوصي باعتماد اعتبار الفرقة القضائية فرقة فسخ كأصل عام وتكون فرقة التطليق استثناء في حالات محدودة تقتضي ذلك .

ثالثا : إعادة النظر في اختيارات قانون الأحوال الشخصية الأردني والاستفادة بشكل أكثر من الفقه المالكي في تعدد الحالات كما في دخول الإيلاء على الظهار ، والعمل برأي الجمهور في فرقة الإيلاء ، واعتماد أصول الفقه المالكي لاختيار تلك الحالات لأنها الأكثر سعة للمجتهدين والأكثر نظرا إلى المعاني والمآلات ومقاصد التشريع .

رابعا : إعداد دراسة كاملة فقهية وإجرائية للادعاء العام الشرعي لتكون مقدمة لسن قانون خاص بذلك .

خامسا : النص بشكل واضح على مبدأ سريان آثار الحكم بالتفريق في ظل وجود أكثر من درجة للتقاضي وأكثر من طريقة للطعن في الأحكام قانونا .

سادسا : إجراء مزيد من البحث للقانون الواجب التطبيق عند اختلاف الجنسية ، والتوصية بالنص على ذلك في قانون الأحوال الشخصية أو أصول المحاكمات عوضا عن النص عليه في القانون المدني .

سابعا : القراءة المستمرة والمراجعة الدائمة للفقه المعمول به والمطبق في قوانيننا بحيث يكون أكثر تحقيقا لمناط وعلل الأحكام الشرعية في ضوء سعة الفقه التي نملكها وأن يكون المختصون من الشرعيين المبادرين لهذه المراجعات من تلقاء أنفسهم وعدم إفساح المجال للمتطاولين على

أحكام ديننا في إثارة النقد من خلال بعض القضايا التي قد تكون عبارة عن آراء فقهية مجردة ليس لها من القدسية إلا بمقدار ما لقائلها من الاعتبار ، نحن إذ نقوم بذلك فإننا نعمل على عدم تكليف الناس ما لا يطيقون ، فما نراه اليوم راجحا قد لا يكون كذلك بعد حين .

ملحق للآيات الواردة في متن الرسالة
مرتبة حسب ترتيبها في المصحف

تسلسل	الآيـــــة ، قوله تعالى :	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
١	(فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه)	البقرة	١٠٢	١٠
٢	(لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)	البقرة	٢٢٦	٦٨ و٧٤ و ١٧٧ و
٣	(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ)	البقرة	٢٢٨	١٨و ١٨٦ و٢٢٩
٤	(فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)	البقرة	٢٢٩	١٧٠ و١٩١
٥	(فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ)	البقرة	٢٣٠	١٨
٦	(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)	البقرة	٢٣١	١٨
٧	(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ)	البقرة	٢٣٢	١٨
٨	(لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)	البقرة	٢٣٦	١٨ و٢٣٨
٩	(وللمطلقات متاع بالمعروف)	البقرة	٢٤١	٢٣٤ و٢٣٨
١٠	(وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)	النساء	٤	١٣٨
١١	(وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً)	النساء	٢١	١٩٩
١٢	(ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف)	النساء	٢٢	١١٠و١٢٣

١٣	(وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمـاً مِـنْ أَهْلِـهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً)	النساء	٣٥	٥٠ و٦٢ ١٥٠و١٥٨
١٤	(وان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته)	النساء	١٣٠	١ و١٠
١٥	(واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة)	الأنفال	٢٥	١٠٢
١٦	(ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضي إليك وحيه)	طــــــه	١١٤	١٢
١٧	(الزَّانِي لا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُـشْرِكَةً وَالزَّانِيَـةُ لا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُـشْرِكٌ وَحُـرِّمَ ذَلِـكَ عَلَـى الْمُؤْمِنِينَ)	النور	٣	١٢٤
١٨	(إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ)	النور	٣٢	١
١٩	(فتعالين أمتعكن و أسرحكن)	الأحزاب	٢٨	٢٣٤
٢٠	وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)	الأحزاب	٥٠	١٣٨
٢١	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَـاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَـانِهِنَّ فَـإِنْ عَلِمْتُمُـوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُـمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُـوا وَلا جُنَـاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)	الممتحنة	١٠	٢٢٩
٢٢	(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِـدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ)	الطلاق	١	١٨
٢٣	(فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف)	الطلاق	٢	١٠
٢٤	(عَسَى رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنَّ أَنْ يُبْدِلَهُ أَزْوَاجاً خَيْراً مِنْكُنَّ مُسْلِمَاتٍ مُؤْمِنَاتٍ قَانِتَاتٍ تَائِبَاتٍ عَابِدَاتٍ سَـائِحَاتٍ ثَيِّبَاتٍ وَأَبْكَارا)	التحريم	٥	١٨

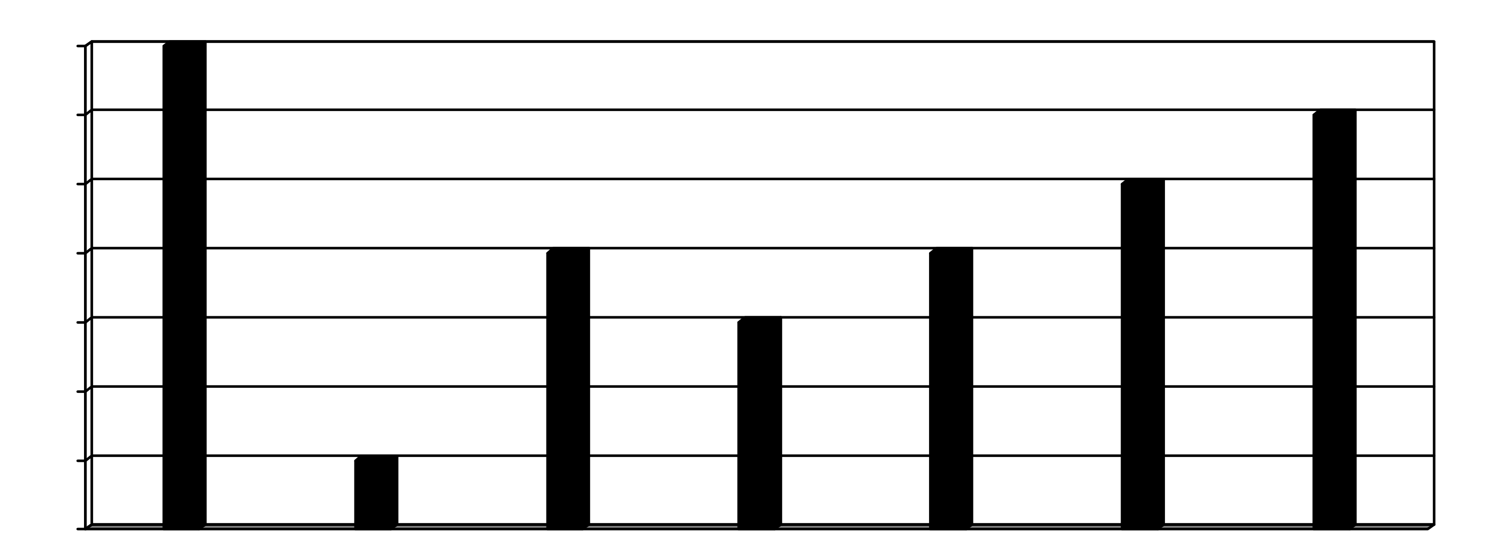
ملحق الأحاديث الواردة في متن الرسالة

(مرتبة حسب أول ورودها)

تسلسل	الحـــــــــــــــديث	رقم الصفحة
١	(إن رفاعة طلقني فبت طلاقي)	١٨
٢	(فارسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها)	١٨
٣	(حديث ابن عمر انه طلق امرأته تطليقه وهي حائض فأمره النبـــي صـــلى الله عليه وسلم أن يرجعها)	١٨
٤	(أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)	٣٣
٥	(المختلعات هن المنافقات)	٣٣
٦	(لا ضرر ولا ضرار)	٣٣
٧	(ثم حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، لا سبيل لك عليها قال يـــا رســـول الله مالي؟ قال : لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجهـــا ، وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد لك منها)	٥١ و٧٤و٢٠٨
٨	(تزوج امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضا فقال له النبي صلى الله عليـــه وسلم البسي ثيابك والحقي بأهلك)	٥٣ و ٧٢
٩	(لا عدوى)	٥٣ و ٥٦
١٠	(إن الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أدبارهن)	٧٤
١١	(أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج)	٧٤
١٢	(ولا يزوجن إلا من الأكفاء)	٩٣
١٣	عن إبراهيم النخعي: (كل شرط في نكاح فالنكاح يهدمه إلا الطلاق)	١٢٩
١٤	(من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل)	١٩٩
١٥	(كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)	١٢٤

ملحق الآثار

تسلسل	الأثـــــــــــر	صاحب الأثر	الصفحة
١	(أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرا)	عمر بن الخطاب	٦٩
٢	(أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها ، وصداق الرجل على مـــن غره)	عمر بن الخطاب	٥٠
٣	(أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو بـــرص فمسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على وليها)	عمر بن الخطاب	٥١
٤	(إن شاءت فارقته وإن شاءت قرت عنده) في تخيير المرأة في الحيرة التي أسلمت ولم يسلم زوجها	عمر بن الخطاب	١٥٣
٥	أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة	عمر بن الخطاب	٧٥
٦	قال للحكمين : (تدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتمـــا أن تجمعا أن تجمعا ، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقـــا ، قالت المرأة رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، وقال الرجل أما الفرقة فلا فقال علي رضي الله عنه كـــذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به)	علي بن أبي طالب	٥٠
٧	(كانوا إذا هاجرت المرأة من دار الحرب لـــم تخطـــب حتى تحيض وتطهر فإذا طهرت حل لها النكاح)	عبدالله بن عباس	٢٢٩
٨	(سئل عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأتـــه ؟ قـــال يفرق بينهما ، قيل له : فسنة ؟ قال سنة)	سعيد بن المسيب	٧٢
٩	أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالا في امـــرأة المفقود (تربص أربع سنين وتعتد أربعة أشهر)	سعيد بن المسيب	٧٥
١٠	(كل شرط في نكاح فالنكاح يهدمه إلا الطلاق)	إبراهيم النخعي	١١٦و١٢٩



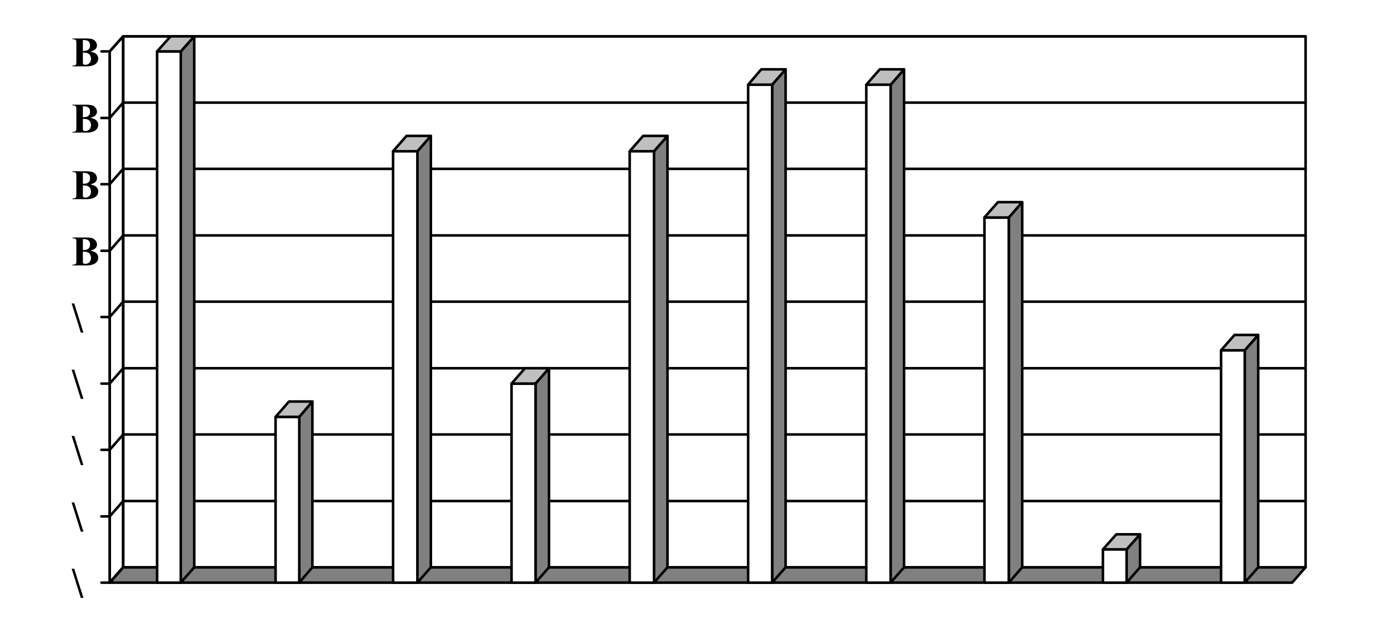
تخطيط رقم (١)

(رسم بياني يمثل المقارنة العددية لحالات التفريق المسموح بها بناء على طلب الزوج)

يبين الرسم عدد الحالات الكلية المتفق عليها والمختلف فيها التي تجيز للزوج طلب التفريق وما اعتمده كل مذهب أو قانون من عدد هذه الحالات ، وقد ظهر من الرسم قلة عدد الحالات عند الحنفية ، واتساعها عند المالكية ، كما ظهر أن القانونين الأردني والمغربي قد أخذا من عدة مذاهب ، فجاوزا في العدد أي مذهب منها .

تخطيط بياني رقم (٢)

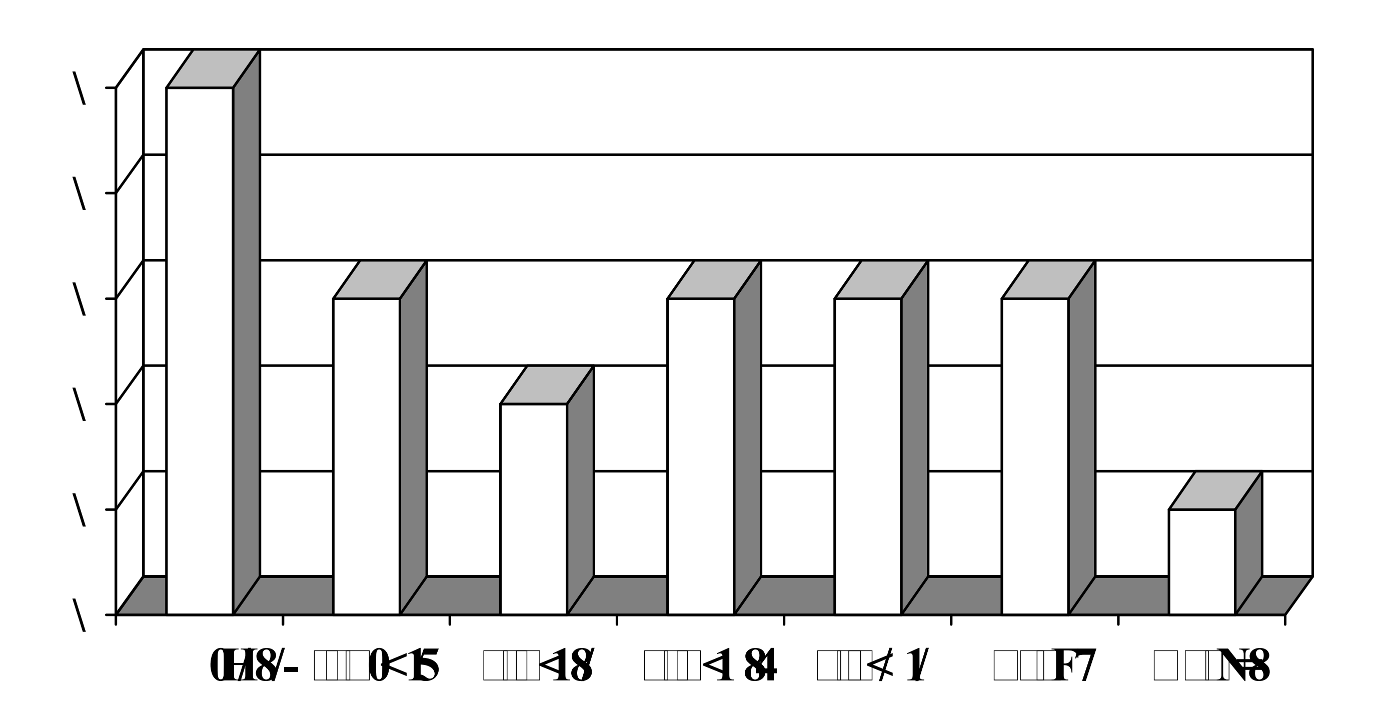
رسم بياني يمثل المقارنة العددية لحالات التفريق المسموح بها بناء على طلب الزوجة



يبين الرسم عدد الحالات الكلية المتفق عليها والمختلف فيها التي تجيز للزوجة طلب التفريق ، وما اعتمده كل مذهب أو قانون من عدد هذه الحالات ، وقد ظهر من الرسم قلة عدد الحالات عند الحنفية والظاهرية واتساعها عند المالكية والحنابلة كما ظهر أن القانونين الأردني والمغربي قد أخذا من عدة مذاهب فجاوزا في العدد أي مذهب منها .

تخطيط بياني رقم (٣)

رسم بياني يمثل المقارنة العددية لحالات التفريق المسموح بها بناء على طلب الولي



يبين الرسم عدد الحالات الكلية المتفق عليها والمختلف فيها التي تجيز للولي طلب التفريق ، وما اعتمده كل مذهب أو قانون من عدد هذه الحالات ، وقد ظهر من الرسم قلة عدد الحالات في القانون المغربي وتقارب المذاهب الفقهية في العدد .

• *قائمة المصادر والمراجع*

- **القرآن الكريم .**
- الأحدب ، عبد الحميد ،(٢٠٠٠مـــ)، **التحكيم بالصلح في الشرع الاسلامي ،** بحث منشور في كتاب التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون _ المـــؤتمر الاسلامي الثاني للشريعة والقانون ، ط ١ ، معهد طرابلس الجامعي ، لبنان .
- الأزهري ، أبو منصور محمد بن أحمد ، (ت ٣٧٠ هـــ) ،**الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي** (مطبوع مـــــع كتاب الحاوي الكبير للماوردي) . تحقيـــق ، شهاب الدين أبو عمرو ، بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر ، (١٩٩٤ م) .
- الإسنوي ، جمـــال الديـــن عبد الرحمـــن بـــن الحـــسن ، (ت ٧٧٢ هـــــ) **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ،** الرسالة ، ١٩٨٧ م .
- أمير بادشاه ، العلامة الكامل والأستاذ الفاضل ، محمد أمين المعروف بـــأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري المكي ، **تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لكمال الديـــن ابـــن الهمـــام الحنفي المتوفى (٨٦١ هـــ)** . بيروت : دار الكتب العلمية.
- ابن أمير الحاج ،ابن أمير الحاج الحلبي ، (ت٨٢٩ هـــ) ، **التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لكمال الديـــن ابـــن الهمـــام الحنفي المتوفى (٨٦١ هـــ)** . بيروت : دار الكتـــب العلمية، سنة ١٩٩٩، ط١.
- الأنصاري ، زكريا بن محمد ،(ت ٩٢٦ هـــ) ،**الغرر البهيـــة فـــي شـــرح منظومة البهجة الوردية** ،ط١ ، بيروت، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٧م .
- أوانج ،هارون دين اوانج ، (١٩٧٤م) ، **مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين في الاسلام**، رسالة دكتوراة ،غير منشور، القاهرة ،مصر .
- البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود البابرتي، (ت ٧٨٦)، **العنايـــة شـــرح الهداية** . بيروت – دار الفكر .
- الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، (ت ٤٧٤) **إحكام الفصول فـــي أحكام الأصول** ، تحقيق عبد الله محمد الجبـــوري ، (ط ١) . بيـــــروت : مـــؤسسة الرسالة ، (١٩٨٩ م) .

- ـــــ . **المنتقى شرح الموطأ** ، دار الكتاب الإسلامي .
- الباقلاني ، القاضي أبو بكر محمد بن الطيب، (ت ٤٠٣ هـــ) ،**التقريب والإرشاد الصغير** ، قدم لـــه وحققه عبد الحميد أبو زنيد ، (ط ٢) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٨ م) .
- البجيرمي ، سليمان بن محمد البجيرمي المـصري(ت ١٨٠٦ م)، **حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)** ، ديار بكر ، المكتبة الاسلامية.
- البخاري ، محمد بن إسماعيل، (ت ٢٥٦ هــ) ، **صحيح البخاري– مع فتح الباري –** ، حقق أصلها عبد العزيز بن باز ورقم كتبها وأبوابها وأحاديثها محمد فؤاد عبد الباقي ، (ط ١) ، دار الكتب العلمية : بيروت ــ لبنان ، (١٩٨٩ م) .
- البخاري ، عـلاء الدين عبد العزيز بـن أحمد البخـاري، (ت ٧٣٠) ، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي** ، تحقيق ، عبـد الله محمـود محمد عمر. (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧ م) .
- البركتي ، محمد عميم الاحسان المجددي البركتي ، (١٩٨٦م)، **قواعد الفقه،** ط١ ، كراتشي ، دار الصدف .
- أبو البصل) ،عبد الناصر موسى أبو البصل، (٢٠٠٠م ، **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون** ، ط١ ، عمان ، دار النفائس ،
- البغدادي ، الإمام أبو محمد بن غانم بن محمد (١٩٨٧ م) . **مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان** ، (ط ١) . بيروت : عالم الكتب .
- البغوي ، أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، (ت٥١٦هــ)، **التهـذيب في فقه الامام الشافعي ، ط١، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٧م .**
- البناني ، عبد الرحمن بن جاد الله البناني المغربي،(ت ١١٩٨ هــ) ، **حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلـي علـى متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي الـسبكي** ، ضـبط نصه وخرج آياته ، محمد عبد القادر شاهين . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية، (١٩٩٨ م) .

- البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،(ت ١٠٥١ هـ) ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال . بيروت : دار الفكر ، (١٤٠٢هـ) .
- ـــــ . **الروض المربع شرح زاد المستنقع** ، تحقيق ، عماد عامر . (ط ١)، القاهرة ، دار الحديث (١٩٩٤ م) .
- البيضاوي،قاضي القضاة،عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي،(ت ٦٨٥ هـ)، **منهاج الوصول إلى علم الأصول** . ومعه **تخريج أحاديث المنهاج** للحافظ العراقي زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (ت ٨٠٦ هـ) ، تحقيق، سليم شبعانية ، (ط ١) . دمشق : دار دانية للطباعة والنشر والتوزيع، (١٩٨٩ م) .
- البيهقي الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، (ت ٤٥٨ هـ) ،**السنن الكبرى** ، فهرس لأحاديثه يوسف عبد الرحمن المرعشلي . بيروت : دار المعرفة ، (١٩٩٢ م) .
- الترمانيني ، عبد السلام ، ،**نظرية الظروف الطارئة دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دمشق ، دار الفكر .**
- الترمذي ، **سنن الترمذي – بشرح ابن العربي – المسمى " عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي** " ، بيروت – دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، (ت ٧٩٢ هـ) ، **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه** ، ضبط وتخريج الآيات والأحاديث زكريا عميرات . (ط ١) . بيروت : دار الكتب العلمية،١٩٩٦م.
- ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني، (٧٢٨هـ)،**الفتاوى الكبرى، تحقيق عبدالرحمن النجدي** ، مكتبة ابن تيمية .
- ـــــ، **نظرية العقد** . بيروت ، دار المعرفة .

- الجبعي ، زين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعـــي المعـــروف بالـــشهيد الثاني،(ت٥٦٦هـــ) ، **الروضة البهية شرح اللمعة الدمـــشقية** ،دار العـــالم الاسلامي .
- الجديع ، عبد الله ،**اسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه** ، بحث منـــشور فـــي مجلة المجلس الاوروبي للإفتاء والبحوث ، العدد الثـــاني ، صـــفحة ١١٣ _ ٢٠٦
- الجرجاني الإمام علي بن محمد بن علي ، (ت ٨١٦ هـــ)، **التعريفات** . حققه إبراهيم الأبياري . (ط ٢) . بيروت دار الكتاب العربي ، (١٩٩٢) .
- الجريدة الرسمية ، (١٩٧٦م) ، قانون الأحوال الشخصية الأردنـــي رقـــم ٦١ لسنة ١٩٧٦، عمان ، الأردن .
- الجريدة الرسمية ، (٢٠٠١ م) ، قانون الأحوال الشخصية الأردنـــي /قـــانون مؤقت معدل رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ ، عمان ، الأردن .
- الجريدة الرسمية ،(١٩٥٩م) ، قانون أصول المحاكمات الشرعية /الأردنـــي، رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م ، عمان ، الأردن .
- الجريدة الرسمية ، (١٩٦٠م) ، قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لـــسنة (١٩٦٠م).
- الجريدة الرسمية ، (١٩٧٦م) ، القانون المدني الأردنـــي رقـــم (٤٣) لـــسنة (١٩٧٦م)
- ابن جزي . **القوانين الفقهية** . بيروت : دار القلم .
- الجصاص ، أحمد بن علي الرازي (أبو بكر) ، (ت ٣٧٠ هـــ) ،**أحكـــام القرآن** ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (١٤٠٥ هـــ).
- جميل صليبا ، (١٩٨٢م) ، **المعجم الفلسفي** ، بيروت ، دار الكتاب اللبناني .
- ابن الجوزي ، أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي ابن محمد الجوزي القرشي البغدادي ،(ت ٥٧٩ هـــ) ، **زاد المسير في علم التفسير** . (ط ٤) . بيروت : المكتب الإسلامي ، دمشق : المكتب الإسلامي ، (١٩٨٧) .

- الجويني ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، (٤٧٨هـــ) **الاجتهاد من كتاب التلخيص** ، تحقيق عبد الحميد أبو زنيد ، ط١ ، دمشق ، دار القلم ، (١٤٠٨هـ) .
- ـــــــ . **غياث الأمم في التياث الظلم (المعروف بالغياثي)** ، ط١ بيـــروت ، دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧م) .
- الحاكم ، محمد بن عبدالله أبو عبد الله الحاكم النيـــسابوري(ت ٤٠٥ هــــ) ، **المستدرك على الصحيحين** ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، ط١ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، (١٤١١ هـ / ١٩٩٠م) .
- ابن حجر ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢ هـ) ، **الدراية في أحاديث الهداية** ، تحقيق ، السيد عبد الله هاشم اليماني المدني . بيـــروت : دار المعرفة .
- ـــــ . **تقريب التهذيب** ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا . (ط ٢) . بيروت: دار الكتب العلمية ، (١٩٩٥ م) .
- ـــــ . **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، تحقيـــق عبـــد الله المدني ، المدينة المنورة ، ١٣٨٤هـــ/١٩٦٤ م) .
- ـــــ . **تهذيب التهذيب** . (ط ١) . بيروت : دار صادر ، (١٣٢٥ هـ) .
- ـــــ . **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، طبعة جديدة منقحة ومصححة عن الطبعة التي : حقق أصلها عبد العزيز بن باز ، ورقم كتبها أبوابها وأحاديثهـــا محمد فؤاد عبد الباقي ، (ط ١) ، دار الكتب العلمية ، بيـــروت ، (١٩٨٩ م).
- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي(ت ٤٥٦ هـ)، **المحلى بالآثار** ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنـــداري . بيـــروت: دار الكتب العلمية .
- الحصني ، (٢٠٠١م) ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار** ، تحقيق كامل محمد عويضة ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

- الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسن الرعيني المكي المشهور بالحطاب، (ت ٩٥٤هـ) ، **مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ، ط٢،بيروت، دار الفكر** ، (١٣٩٨هـ) .
- الحموي ، أحمد بن محمد الحنفي ،(ت ٧٧٠ هـ) ، **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** . (ط ١) ، بيروت دار الكتب العلمية (١٩٨٥ م) .
- ابن حنبل ، الإمام أحمد بن حنبل، (ت ٢٤١) ، **المسند** . تحقيق عبد الله محمد الدرويش أبو الفداء الناقد ، (ط ١) . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، (١٩٩١ م) .
- حيدر ، علي حيدر(١٩٩١ م) . **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب المحامي فهمي الحسيني . (ط ١) ، بيروت : دار الجيل .
- الخرشي ، محمد بن عبد الله، (ت ١١٠١ هـ) ، **شرح مختصر خليل** ، دار الفكر .
- الخفيف ، علي الخفيف ، (١٩٥٨م) ، **فرق الزواج في المذاهب الاسلامية بحث مقارن،** معهد الدراسات العربية العالية .
- خلاف ، عبد الوهاب (١٩٨٦ م) . **علم أصول الفقه** . (ط ٢٠) ، دار القلم.
- الخلايلة ، محمد أحمد مسلم ، (٢٠٠١م) ، **مراعاة الخلاف عند المالكية دراسة أصولية تطبيقية** ،رسالة ماجستير ، غير منشورة ، عمان ، الأردن .
- الدارقطني ، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي،(ت ٣٨٥ هـ) ، **سنن الدارقطني** . تحقيق ، عبد الله هاشم يماني المدني ، بيروت : دار المعرفة، (١٣٨٦ هـ) .
- الدارمي ، أبو محمد عبد الله بن بهرام،(ت ٢٥٥ هـ) ، **سنن الدارمي** ، بيروت : دار الفكر .
- أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ،(ت ٢٧٥ هـ)، **سنن أبي داود** . بيروت : دار الجيل ، (١٩٩٨ م) .
- داود ، أحمد محمد علي داود، (**١٩٩٩م**)، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية،ط١ عمان ، دار الثقافة ،**

- **ـــــــ، (٢٠٠٤ م) القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمـــات الـــشرعية ومناهج الدعوى،ط١الإصدار الثاني،عمان ، دار الثقافة .**
- الدردير ، أبو البركات سيدي أحمد الدردير،(ت ١٢٠١ هـ) ، **الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه** . دمشق : دار الفكر .
- الدريني ، محمد فتحي (١٩٨١ – ١٩٨٢ م) . **النظريات الفقهية** . دمشق : مطبعة خالد بن الوليد .
- ـــــ ، (١٩٩٤ م) ، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله** . (ط ١) ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- الدسوقي ، شمس الدين محمـــد عرفـــة الدســـوقي، (ت ١٢٣٠) ، **حاشـــية الدسوقي على الشرح الكبير** لأبي البركات أحمد الدردير ، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار الفكر .
- الدسوقي ، إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، (١٩٩٤م) ، **العقد غير اللازم دراســـة مقارنة معمقة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، الكويت ، جامعـــة الكويت .**
- الدمياطي ، أبو بكر ، السيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي . **حاشـــية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الـــدين ،** لزين الدين ابن عبد العزيز المليباري الفناني . بيروت : دار الفكر.
- الدوري ، قحطان عبد الرحمن الدوري ،(١٩٨٥ م) ، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**،ط١، بغدا د ، مطبعة الخلود ١٤٠٥هـ/.
- الذهبي. شمـــس الدين محمـــد بـــن أحمد بن عثمان، (ت ١٣٧٤ هـــــ) ، **سير أعلام النبلاء** . تحقيـــق ، شـــعيب الأرنـــؤوط وآخـــرون . (ط ١١) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٦ م) .
- الرازي ، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبـــد القـــادر الـــرازي (١٩٨٦ م) . **مختار الصحاح** . بيروت : مكتبة لبنان .
- الرافعي ، أبو القاسم عبد الكريم بـــن محمـــد بـــن عبـــد الكـــريم القزوينـــي، (ت ٦٢٣ هـ) ، **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير** ، تحقيـــق :

علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧ م).

- ابن رجب ، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ،(ت ٧٩٥ هـ) ، **القواعد في الفقه الإسلامي** ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد . (ط ٢) ، بيروت : دار الجيل ، (١٩٩٨ م) .
- ابن رشد الجد ، أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي المالكي،(ت ٢٥٠ هـ)، **الجامع من المقدمات** . تحقيق ، الدكتور المختار بن الطاهر التليلي . عمان : دار الفرقان ، (١٩٨٥م) .
- ابن رشد الجد ، أبو الوليد القرطبي، (ت٥٢٠ هـ) ،**البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة** ، تحقيق محمد العرايشي ، دار الغرب الإسلامي .
- ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (ت ٥٩٥ هـ) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** . (ط ١) ، بيروت دار الفكر .
- **الرملي** ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير،(ت ١٠٠٤ هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي** . (ط الأخيرة) ، بيروت : دار الفكر (١٩٨٤ م) .
- **ـــــــــ، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان** ، بيروت ، دار المعرفة .
- الرومي ، عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، سبتمبر (٢٠٠٣م) ، **أساس انفساخ العقد دراسة منهجية في الفقه الإسلامي والقانون المدني(القسم الأول)** ، بحث منشور في مجلة الحقوق العدد (٣) سنة (٢٧) جامعة .
- ـــــــــ . ديسمبر (٢٠٠٣م) ، **أساس انفساخ العقد (القسم الثاني)** ، بحث منشور في مجلة الحقوق العدد (٤) سنة (٢٧) جامعة الكويت ،
- الزحيلي ، محمد مصطفى (١٩٨٦ – ١٩٨٧) . **أصول الفقه الإسلامي** . دمشق : مطبعة جامعة دمشق .

- ــــ ، (١٩٩٩ م) . **القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والـشافعي** . (ط ١) ، إصدار جامعة الكويت .
- ــــ ، (١٩٩٣ م) **النظريات الفقهيــة** . (ط ١) ، دمــشق : دار القلــم ، بيروت : الدار الشامية .
- ــــ ، (١٩٨٢ م) **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية فــي المعــاملات المدنية والأحوال الشخصية** . (ط ٢) ، دمشق : مكتبة دار البيان
- ــــ (١٩٨٩ م) . **الفقه الإسلامي وأدلته** . (ط ٣) ، دمشق : دار الفكر .
- الزرقا ، مصطفى أحمد الزرقاء . **المدخل الفقهي العام ، الفقه الإسلامي فــي ثوبه الجديد** . (ط ٦) ، دمشق : دار الفكر .
- ــــ ومجموعة مؤلفين (١٩٩٦م) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحــد ، ط١ ،بيروت ، الدار الشامية .
- الزركشي ، أبو عبدالله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركــشي ، (ت ٧٩٤) ، **المنثور في القواعد الفقهية** . نشر وزارة الأوقاف الكويتية .
- ـــــ ،(٢٠٠٠ م) . **البحر المحيط في أصول الفقــه** . تحقيق ، محمد محمد تامر . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب .
- ـــــ ، (١٤٠٥هــ) ، المنثور في القواعد ، تحقيق تيسير فائق أحمد ، ط٢ ، الكويت ، وزارة الأوقاف.
- الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمــد الزرقــاني المــصري ، (ت١٠٩٩هــ)، **شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني وهو حاشية محمد بن الحسن بن مسعود البنــاني** ،ط١ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، (٢٠٠٢م) .
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي أبو عبد الله ، (ت١١٢٢هــ) ، **شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك** ، ط١ ،بيروت ، دار الكتب العلمية ، (١٤١١هــ) .
- ــــ ، (١٩٩٦م) ، **الفائق في غريب الحديث** ، تحقيق : إبــراهيم شــمس الدين، (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ،
- الزعبي ، تيسير أحمد (١٩٩٧ م) . **الجامع المتــين للأنظمــة والقــوانين** . (ط ١) ، عمان : المكتبة الوطنية .

- الزنجاني ، أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد ، (ت ٦٥٦هـ) ، **تخريج الفروع على الأصول ، ط٥ ، مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٧م .**
- زيدان ، عبد الكريم (١٩٨٤ م) . **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية .** ط١، بغداد، مطبعة العاني .
- الزيلعي ، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ، (ت ٧٦٢هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية** . (ط ٢) ، الرياض : مكتبة الرياض الحديثة .
- سبط ابن الجوزي ، أبو المظفر شمس الدين يوسف بن فرغلي (ت ٦٥٤ هـ)، **إيثار الإنصاف في آثار الخلاف** ،تحقيق، ناصر العلي الناصر الخليفي،(ط ١)، دار السلام ، (١٩٨٧ م) .
- السبكي ، ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، (ت ٧٧١ هـ) ، **الأشباه والنظائر** ، تحقيق ، عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. بيروت : دار الكتب العلمية ، (٢٠٠١ م) .
- ـــــ . **طبقات الشافعية الكبرى** ، تحقيق ، عبد الفتاح محمد الحلو ، محمود محمد الطناحي . دمشق : دار إحياء الكتب العربية .
- السبكي ، شيخ الإسلام علي بن أحمد بن عبد الكافي السبكي، (ت ٧٥٦ هـ) **فتاوى السبكي** ، بيروت : دار المعرفة .
- السبكيان : شيخ الإسلام علي (ت ٧٥٦ هـ) وابنه تاج الدين عبد الوهاب (ت ٧٧١ هـ). **الإبهاج في شرح المنهاج على الوصول إلى علم الأصول للقاضي** البيضاوي ، تحقيق مجموعة من العلماء بإشراف الناشر . بيروت : دار الكتب العلمية (١٩٩٥ م) .
- السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل . (١٤٠٦هـ) ، **المبسوط** . بيروت – دار المعرفة ،.
- السرطاوي ، محمود علي (١٩٩٧ م) .**شرح قانون الأحوال الشخصية** ، ط١، عمان، دار الفكر .
- ابن سعد ، الإمام محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري،(ت ٢٣٠)، **طبقات ابن سعد** . بيروت : دار صادر .

- السغدي ، (ت ٤٦١هـ) ، علي بن الحسين بن محمد ، النتف في **الفتاوى** ، تحقيق صلاح الدين الناهي ، ط٢ ، عمان ، مؤسسة الرسالة ،(١٤٠٤هـ)
- السلمي ، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي(ت ٦٦٠ هـ) ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** . بيروت : مؤسسة الريان (١٩٩٠) .
- السمرقندي ، محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، (ت٥٣٩ هـ) ، **تحفة الفقهاء** ، ط١ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، (١٤٠٥ هـ) .
- سمك ، (١٩٩٣م) ، عبد العزيز رمضان سمك ، **الفرق بين الزوجين في الفقه الاسلامي والقانون المصري** ، القاهرة ، دار الثقافة العربية .
- السيوطي ، الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ،(ت ٩١١ هـ)، **الأشباه والنظائر في الفروع** . بيروت : دار الفكر .
- الشاشي ، أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، (ت٣٤٤هـ) ، **أصول الشاشي** ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، (١٤٠٢هـ) .
- الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، (ت ٧٩٠ هـ) ،**الموافقات في أصول الأحكام** . علق عليه ، الأستاذ الشيخ محمد حسنين مخلوف ، بيروت : دار الفكر .
- الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (ت ٢٠٤ هـ) ، **الأم** ،(ط٢) بيروت: دار المعرفة ،(١٣٩٣هـ)
- الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (١٩٩٤ م) . **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** . تحقيق ، علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، قدم له محمد بكر إسماعيل . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- ـــــ . **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، على متن المنهاج للإمام النووي . بيروت – دار الفكر .
- الشرواني ، عبد الحميد الشرواني ، **حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج** ، بيروت ، دار الفكر .
- الشنقيطي ،محمد الشنقيطي ، (١٩٩٥م) ، **تبيين المسالك ، ط٢ ، بيروت ، دار الغرب الاسلامي .**

- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد ، (ت ١٢٥٥ هـ)، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** . تحقيق ، محمد صبحي بن حسن الحلاق . (ط ١) ، دمشق : دار ابن كثير ، (٢٠٠٠ م).
- ـــ (١٩٩٤) . **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** والمنتقى للإمام مجد الدين أبي البركات عبد السلام ابن تيمية ، بيروت، دار الجيل .
- الشيباني ، محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله ، (ت ١٨٩ هـ) ، **الحجة على أهل المدينة** ، تحقيق مهدي القادري ، ط٣ ، بيروت ، عالم الكتب ، (١٤٠٣هـ) .
- ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي،(ت ٢٣٥ هـ) **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار** ، تحقيق ، محمد عبد السلام شاهين،(ط١) بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٥ م) .
- شيخي زاده ، عبد الرحمن بن الشيخ محمد سليمان ، المعروف بداماد أفندي ، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر** ، دار إحياء التراث العربي .
- الشيرازي ، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي، (ت ٤٧٦ هـ). **المهذب في فقه الإمام الشافعي** . بيروت ، دار الفكر .
- ـــــــ ، **التنبيه في الفقه الشافعي** ، تحقيق عماد الدين حيدر ، ط١ ، بيروت، عالم الكتب ، (١٤٠٣هـ) .
- الصابوني ، عبد الرحمن الصابوني ، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية بحث مقارن** ، مطبعة جامعة دمشق .
- صدر الشريعة،عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، (ت ٧٤٧ هـ)، **التنقيح** . تحقيق ، زكريا عميرات . (ط ١) ، بيروت دار الكتب العملية.
- ـــ . **التوضيح** . زكريا عميرات . (ط ١) ، بيروت دار الكتب العملية .
- ابن الصلاح ، عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان الشهرزوي أبو عمرو ، (ت ٦٤٣هـ)، **فتاوى ابن الصلاح ، ومعه(أدب المفتي والمستفتي)** ، تحقيق د. موفق عبد الله عبد القادر ، بيروت ، مكتبة العلوم والحكم ، عالم الكتب ، (١٤٠٧ هـ)

- الصنعاني الإمام محمد بن إسماعيل، (ت ١١٨٢ هـ) ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** ، تحقيق ، محمد عبد القادر عطا . (ط ١) بيروت : دار الفكر (١٩٩٢ م) .
- ابن ضويان ، إبراهيم بن محمد بن سالم، (ت١٣٥٣هـ) ، **منار السبيل في شرح الدليل** على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . تحقيق ، عصام القلعجي ، (ط ٢) ، الرياض ، مكتبة المعارف (١٤٠٥هـ) .
- الطبري ، الإمام محمد بن جرير ،(ت ٣١٠ هـ)، **اختلاف الفقهاء** . بيروت : دار الكتب العلمية .
- الطبراني ، أبو القاسم سليمان بن أحمد ، (ت ٣٦٠ هـ)، **المعجم الأوسط** . تحقيق ، طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، دار الحرمين .
- الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، (ت ٣٢١هـ) ، **مختصر اختلاف العلماء** ، تحقيق د. عبدالله نذير أحمد ، ط٢ ، بيروت ، دار البشائر الاسلامية ، (١٤١٧ هـ) .
- الطوفي ، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي، (ت ٧١٦ هـ)، **شرح مختصر الروضة** ، تحقيق ، عبد الله ابن عبد المحسن التركي . (ط ٤) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (٢٠٠٣ م) .
- ابن عابدين ، محمد أمين (١٣٨٦هـ) . **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهورة بحاشية ابن عابدين ، ط٢** ، بيروت ، دار الفكر .
- العاملي ، زين الدين بن علي العاملي . **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية** ، بيروت : دار العالم الإسلامي .
- عبد الباقي ، محمد فؤاد ،(ت ١٣٦٤ هـ) ، **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم** . القاهرة : مطبعة دار الكتب المصرية .
- ابن عبد البر ، الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، (ت ٤٦٣ هـ) ، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار** ، وشرح ذلك

كله بالإيجاز والاختصار ، تحقيق ، حسان عبد المنان ، ود . محمود أحمد القيسية . (ط ٤) ، أبو ظبي : مؤسسة النداء (٢٠٠٣) .

- ـــــــ . **الكافي في فقه أهل المدينة** ، (ط١) ، بيروت ، دار الكتب العلمية (١٤٠٧هـ) .
- عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، (ت٢١١هـ) ، **المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، ط٢ ، بيروت ، المكتب الاسلامي، (١٤٠٣هـ) .**
- عبد الوهاب ، القاضي عبد الوهاب البغدادي ، (ت٤٢٢هـ)، **التلقين في الفقه المالكي، المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٩٩٣م .**
- العجلوني ، إسماعيل بن محمد الجراحي العجلوني الشافعي، (ت١١٦٢هـ)،**كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس** ، تحقيق ، محمد عبد العزيز الخالدي . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧) .
- العدوي ، علي الصعيدي العدوي المالكي ، (١٤١٢هـ)، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني** ، تحقيق يوسف البقاعي ، بيروت ، دار الفكر
- ابن العربي ، الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله، (ت ٥٤٣ هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق علي محمد البجاوي . بيروت : دار الفكر .
- العز بن عبد السلام ، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، (ت٦٦٠هـ)، ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ،بيروت ، دار الكتب العلمية.
- العنسي ، القاضي أحمد بن قاسم اليماني الصنعاني ، **التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار ، مكتبة اليمن الكبرى .**
- الغرياني ، الصادق عبد الرحمن ، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)،_**مدونة الفقه المالكي وأدلته** ،**(ط١)**، بيروت مؤسسة الريان.
- الغزّالي ، الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزّالي، (ت ٥٠٥ هـ) ، **الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي** ، ضبط وتصحيح خالد العطار بيروت : دار الفكر ، (١٩٩٤) .
- ـــــ . **إحياء علوم الدين** . (ط ٢) ، بيروت : دار الفكر ، (١٩٨٩) .

- ـــــ . **المستصفى من علم الأصول** .تحقيق محمد عبــد الــسلام ، (ط ١) ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، (١٤١٣ هــ).
- ـــــ . المستصفى(طبعة أخرى) ، تحقيق محمد الأشقر ،ط١ بيروت ، مءسسة الرسالة، (١٩٩٧م) .
- ـــــ . **الوسيط في المذهب** ، تحقيق ، علي محيي الدين علي القــره داغــي . (ط ١) ، بغداد ، (١٩٨٤) .
- ـــــ . **شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل** ، تحقيــق حمــد الكبيسي،بغداد ، مطبعة الإرشاد ، (١٩٧١م).
- الغنيمي ، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفــي ، (ت ٤٢٨ هــــ)، **اللباب في شرح الكتاب** . تحقيق ، محمد أمين النواوي . القاهرة : دار الكتاب المنير .
- ابن فرحون ، إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري . **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** . بيروت : دار الكتب العلمية .
- الفندلاوي ، أبو الحجاج يوسف بن دوناس، (ت٥٤٣هــ) ، **تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك على منهج العدل والإنصاف في شرح مــسائل الخــلاف** ، تحقيــق أحمــد بــن محمــد البوشــيخي ، المغــرب ، مطبعــة فــضالة ، (١٤١٩هــ/١٩٩٨م) .
- الفيروز أبادي ، الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الــشيرازي، (ت ٨١٧ هــ) ، . **القاموس المحيط** . بيروت : دار الفكر (١٩٧٨ م) .
- الفيروز أبادي ، **التنبيه** .
- الفيومي ، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، (١٣٦٨ م) **المصباح المنير** معجم عربي ــ عربي . بيروت : مكتبة لبنان ،(١٩٨٧ م)
- قانون الأحوال الشخصية المغربي والمعروف بمدونة الأسرة رقم ٧٠,٠٣ .
- قانون الزواج والطلاق الليبي، رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤م وآثارهما وتعديلاته .
- ابــن قدامــة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمــد، (ت ٦٢٠ هــــ)، **المغني و الشرح الكبير** . بيروت : دار الفكر ، (١٤١٤ ــ ١٩٩٤)
- ـــــ . **المغني (طبعة أخرى)** ، بيروت : دار الفكر (١٤٠٥هــ) .

- ـــــ . **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبـــل** ، تحقيـــق زهيـــر الـــشاويش ، (ط٥)،بيروت، المكتب الإسلامي ، (١٤٠٨هــ /١٩٨٨م) .
- ـــــ . **روضة الناظر وجنة المناظر** . بيروت : دار المطبوعات العربية .
- قدري باشا (١٩٨٠م) ، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مـــذهب الامام أبي حنيفة ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق** ، بيروت ، دار الآفاق الجديدة ، (ط٢) .
- القرافي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بـــــن إدريـــس بـــن عبـــد الـــرحمن الصنهاجي. **الفروق** . بيروت : عالم الكتب .
- ـــــــ،(٢٠٠١م) ، **الذخيرة في فروع المالكية** ، تحقيق أبو اسحاق احمد عبد الرحمن،(ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية.
- القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت ٦٧١هــ) ، **الجامع لأحكام القرآن** ، تحقيق أحمد البردونـــي ، (ط ٢) ، القـــاهرة ، دار الشعب ، (١٣٧٢هــ)
- القفال ، سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال (١٩٨٨) ، **حليـــة العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء** . تحقيق الأستاذ الدكتور ياســين درادكـــة ، (ط ١) . عمان مكتبة الرسالة الحديثة .
- القونوي : قاسم (ت ٩٧٨ هــ) **أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولـــة بين الفقهاء** ، تحقيق : الدكتور أحمد بن عبد الـــرزاق الكبيـــسي ، (ط ٢) ، الناشر : جدة / دار الوفاء للنشر والتوزيع ، الموزع : بيروت / مؤسسة الكتب الثقافية ، (١٩٨٧ م) .
- القيرواني ، أبو محمد عبد الله بـــن عبـــد الـــرحمن أبـــو زيـــد القيروانـــي، (ت٣٨٦هــ)، **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات** ، تحقيق محمد حجي،(ط)،بيروت، دار الغرب الإسلامي ، (١٩٩٩م) .
- ابن القيم ، الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد أبي بكر بن أيـــوب الدمـــشقي المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١ هــــ)، **اعـــلام المـــوقعين عـــن رب العالمين**، تحقيق طه عبدالرؤوف سعد ، بيروت : دار الجيل (١٩٧٣) .

- ـــــ . **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، تحقيق الشيخ بهيج غــزاوي ، بيروت : دار إحياء العلوم .
- ـــــ . **زاد المعاد في هدي خير العباد محمد صلى الله عليه وسلم خاتم النبيين وإمام المرسلين** ، المطبعة المصرية .
- الكاساني ، الإمام أبو بكر علاء الــدين مــسعود بــــن أحمــد الكاســاني(ت ٥٨٧هــ). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط٢** ، بيروت : دار الكتــاب العربي ، (١٩٨٢م).
- ابن كثير ،عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤ هــــ)، **تفسير القرآن العظيم** . (ط ١) ، دمشق / بيروت : دار الخير .
- الكرابيسي ، أسعد بن محمد بن الحــسين النيــسابوري ، (ت ٥٧٠ هــــ) ، **الفروق** ، تحقيــق محمــد طمــوم ، ط ١ ، الكويــت ، وزارة الأوقــاف ، (١٤٠٢هــ) .
- الكردي ، أحمد الحجي (١٤٠٨ ــ ١٩٨٨) **الأحوال الشخصية " الأهليــة ، والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات** . دمشق : مكتبة جامعة دمشق .
- ـــــ ، (١٤٠٧ – ١٩٨٧) **المدخل الفقهي " القواعــد الكليــة والمؤيــدات الشرعية** " ، دمشق : مطبعة جامعة دمشق .
- ابن اللحام ، أبو الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلي، (ت ٨٠٣ هــ) **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها مــن الأحكــام الفرعيــة** .(ط ١) بيروت : دار إحياء التراث العربي ، (٢٠٠٢) .
- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني ، (ت ٢٧٥ هــــ). **سنن ابن ماجة** . تحقيق ، محمد فؤاد عبد الباقي . بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- مالك ، مالك بن أنس ،(١٣٢٣ هــ) ، **المدونــة الكبــرى** . بيــروت : دار صادر،
- ـــــ . **الموطأ – بشرح السيوطي** " تنوير الحوالك شرح على موطــأ الإمــام مالك بيروت : دار الكتب العلمية .

- المامي ، محمد المختار محمد المامي ،(٢٠٠٢م) ، **المذهب المالكي مدارسه ومؤلفاته خصائصه وسماته** ، ط١ ، الإمارات العربية ، العين ، مركز زايد للتراث والتاريخ .
- الماوردي ، الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، (ت ٤٥٠ هـ)، **الحاوي الكبير** " **شرح مختصر المزني** " ، تحقيق الدكتور محمود مطرجي والدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب والدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل والدكتور أحمد حاج شيخ ماحي . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، (١٩٩٤) .
- ــــ . **الأحكام السلطانية و الولايات الدينية.** ط١ ، بيروت : دار الكتب العلمية (١٩٨٥م) .
- مجمع اللغة العربية ، (١٩٨٣م) ، **المعجم الفلسفي** ، القاهرة ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية .
- المحقق الحلي ، جعفر بن الحسن الهذلي ، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام** ، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان .
- محيسن ، ابراهيم حرب (١٩٩٩م) ، **طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية دراسة مقارنه ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط ١.**
- مراد وهبه ، (١٩٩٨م) ، **المعجم الفلسفي** ، مصر دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع .
- المرتضى ، **أحمد بن يحيى** ، (ت٨٤٠هـ)، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** ، دار الكتاب الاسلامي .
- المرغيناني ،أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، (ت ٥٩٣ هـ) ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، بيروت ، المكتبة الإسلامية.
- ـــــ . **بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة** ، تحقيق حامد ابراهيم و محمد عبد الوهاب ، ط١ ،القاهرة ، مطبعة محمد علي صبيح ، (١٣٥٥هـ)
- المرداوي ، أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، ، (ت ٨٨٥ هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.** تحقيق محمد حامد الفقي، بيروت : دار إحياء التراث العربي .

- مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، (ت ٢٦١ هـ)، **صحيح الإمام مسلم – بشرح الإمام النووي** . الناشر مؤسسة مناهل العرفان ـ بيروت ، توزيع مكتبة الغزالي ـ دمشق .
- ابن معجوز ، محمد ابن معجوز، (١٩٩٨م)، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية ، الدار البيضاء ، مطبعة النجاح الجديدة .**
- ابن مفلح ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي ، (ت ٨٨٤ هـ) . **المبدع** . بيروت : المكتب الإسلامي ، (١٤٠٠ هـ) .
- ـــ . **الفروع** ، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٤١٨ هـ) .
- المناوي ، محمد عبد الرؤوف المناوي، (ت١٠٣١هـ)، **التوقيف على مهمات التعاريف** ، تحقيق محمد رضوان ، (ط١) ،بيروت ، دار الفكر ،(١٤١٠هـ)
- ابن منظور ، لسان العرب .
- منلا خسرو ، محمد بن فرموزا منلا خسرو(ت ٨٨٥ هـــ) ، **درر الحكام شرح غرر الأحكام** . بيروت : دار إحياء الكتب العربية .
- المنوفي،أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن يخلف المنوفي المالكي ، (ت ٧٣٩هـ) ، **كفاية الطالب الرباني شرح رسالة أبي زيد القيرواني** ، تحقيق أحمد حمدي إمام ، (ط١)،القاهرة ، مطبعة المدني ، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) .
- ـــــ . طبعة أخرى ، تحقيق يوسف البقاعي ، بيروت ، دار الفكر ، (١٤١٢هـ).
- المواق ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المواق، (ت ٨٩٧ هـــ) ، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، (ط٢) ، بيروت : دار الفكر، (١٣٩٨هـ)
- الموصلي ، مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي،(ت٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار** ، تحقيق ، عبد الكريم بن رسمي آل الدريني . (ط ١) ، عمان : دار الفكر ، (١٩٩٩) .

- مولوي ، فيصل ، **حكم تطليق القاضي غير المسلم** ، بحث منشور في العـــدد الأول من المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ، صـــفحة ٧٥ – ٨٨.
- ـــــــــ ، التحكيم الشرعي في بلاد الغرب ، بحث منشور في العدد الثالث من المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ، صفحة ١٩٥.
- الميقاتي ، رأفت الميقاتي ، (٢٠٠٠م) ،**وجوب تحكـــيم الـــشريعة الاســـلامية ووسائله** ، بحث منشور في كتاب التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون _ المؤتمر الاسلامي الثاني للشريعة والقانون ، ط ١ ، معهد طرابلس الجامعي، لبنان .
- ابن النجار ، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، (ت٩٧٢هــ) ، **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات** ، تحقيق عبدالله بن عبدالمحـــسن التركي ، ط١ ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، (٢٠٠٠م) .
- نجم ، محمد صبحي نجم (١٩٩١م) ، **الوجيزفي قـــانون أصـــول المحاكمـــات الجزائية الأردني** ، ط١ ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، (ت ٩٧٠ هــ) ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** . بيروت : دار المعرفة .
- ـــــ . **الأشبـــاه والنظائر** ، تحقيق محمد مطيع الحافظ ، تصوير (١٩٨٦ عن ط ١) ، دمشق : دار الفكر ، (١٩٨٣ م) .
- الندوي ، علي أحمد (٢٠٠٠ م) . **القواعد الفقهية** ، (ط ٥) ، دمشق : دار القلم .
- ابـــن النديـــم ، أبـــو الفرج محمد بن أبي يعقوب إسحق المعروف بـــالوراق . **الفهرست**. بيروت : دار المسيرة .
- النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، (ت ٣٠٣ هــ) ، **سنن النـــسائي بشرح السيوطي** . بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- نظام ، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعـــلام . **الفتـــاوى الهنديـــة** . بيروت دار إحياء التراث العربي .

- النعيمي ، فاضل شاكر النعيمي ، (١٩٦٩م)، **نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة و القانون**، بغداد ، مطبعة دار الجاحظ .
- النفراوي ، أبو العباس أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي، (ت ١١٢٥ هـ) ، **الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني** . بيروت ، دار الفكر ، (١٤١٥ هـ).
- النووي،الإمام أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي،(ت ٦٧٦ هـ)، **المجموع شرح المهذب** . بيروت : دار الفكر .
- ـــــ . **تهذيب الأسماء واللغات** . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ـــــ . **المنهاج** " بشرح الشربيني " مغني المحتاج " . دار إحياء التراث .
- ـــــ . **المنهاج للإمام النووي بشرح الغمراوي : محمد الزهري الغمراوي : السراج الوهاج على متن المنهاج للإمام النووي** ، بيروت – دار الجيل ، (١٩٨٧م) .
- ـــــ . **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، ط٢ ، بيروت، المكتب الإسلامي (١٤٠٥هـ)
- ـــــ. **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، ط٣ ،المكتب الإسلامي ، ١٩٩١م .
- ـــــ . **تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقه** ، تحقيق عبد الغني الدقر ، (ط ١) ، دمشق : دار القلم ، (١٩٨٨) .
- ابن أبي هبيرة ، الوزير أبو المظفر يحيى بن محمد بن أبي هبيرة الشيباني ، (ت٥٦٠ هـ) **اختلاف الأئمة العلماء** ، تحقيق السيد يوسف أحمد ، (ط ١) بيروت : دار الكتب العلمية سنة النشر ، (٢٠٠٢) .
- ابن هشام ، أبو محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، (ت ٢١٣ أو ٢١٨). **السيرة النبوية** . تحقيق عمر عبد السلام التدمري، (ط ٢) بيروت : دار الكتاب العربي ، (١٩٨٩ م) .
- ابن الهمام ، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري، (ت ٦٨١هـ) ، **التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية** ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- ـــــ . **شرح فتح القدير** ، ط٢ ، بيروت ، دار الفكر .

- الهيثمي ، شهاب الدين أحمد بن حجر . **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** . بيروت دار إحياء التراث العربي .
- الهيثمي ، علي بن أبي بكر، (ت ٨٠٧هـ) ، **مجمع الزوائد** ومنبع الفوائد ، بيروت ، دار الريان للتراث ، (١٤٠٧هـ) .
- وزارة الأوقاف الكويتية (١٩٩٢) . **الموسوعة الفقهية** . (ط ١) ، الكويت: دار الصفوة للنشر والتوزيع
- الولوالجي، أبو الفتح ظهيرالدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة بن عبد الرزاق الولوالجي ، (ت٥٤٠هـ) ، **الفتاوى الولوالجية** ، تحقيق مقداد بن موسى فريوي،ط١، بيروت ،دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣م .
- ياسين ، محمد نعيم ياسين ، (٢٠٠٠م)، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، ط٢ ، عمان ، دار النفائس.
- ابن يوسف ، مرعي ابن يوسف الحنبلي ، (١٣٨٩ هـ) ، **دليل الطالب على مذهب الامام أحمد بن حنبل** ، ط٢ ، بيروت ، المكتب الاسلامي.

Judicial Separation Theory Between Spouses

(Fundementel And Comparative Study)

By
Ashraf Yahya R. Al-Omari
Supervisor
Prof. Dr Mamoud Ali Sartawi

Abstract

This study deals originally and comparatively with terms of judicial separation between the couples in Islamic jurisprudence and personal status laws.

This study comes in form of total composition, which aims at particulars and linking thereof to their origins. It also aims at linking the numerous judgments and returning them to specific principles and rules, from which we may take benefit for reproducing their items.

The study deals with concept of judicial separation and its juristic adaptation and legitimacy.

Through discussion and pursuit, it appears that judicial work for separating between the couples bears two images: definite judicial proxy for the husband and the resulting judge through cancellation of the contract, without bearing proxy meaning, but in terms of general custodianship of judiciary and working under principle of removing damage from those injured.

The study concludes a group of differences between judicial and unjudicial separation and discusses reasons of claiming thereof as well.

Among the significant topics of the study: determination of methods and doctrines of the jurists in the cases which allow or necessitate claiming separation judicially, illustration of personal status choices of these cases.

The study concludes that there is a judicial method depended on activation of most juristic principles of inference to reach selection of the cases, considering the meanings and causations in details, the same as Malki & Hanbali jurisprudence. There is another method, which was restricted for selection of cases to only the texts and unanimity, without activation of other evidences for inference, leading to limitation of

the cases, which allows separation judicially. This attitude was represented in Hanafi and Dhaheri jurisprudences.

The study discusses issues of general prosecution in separation cases and real fact in force in Jordan. It concludes necessity of organization of general prosecution job through regulating law.

The study deals with the judicial body, its conditions and the judgment issued by non-Muslim judge and the problems exposed to by non-Islamic countries as regards separation issues along with the judicial judgment separating between the couples, its effects and quality of the judge separation.

The study was finished by the judicial actions followed in separation cases of Jordan religious courts and relevant issues such as the forcible law, effect of challenge of the judgments against separation and its influences and effect of the parties death of the law suit.

The study concludes several results including:

- That method of selection of the cases and the reasons allowing or necessitating separation of the couples is an interpretative method subject to all means of approved fundamental jurisprudence. Wherever the approved principles were more expansion and variety, the cases would be the same as well.
- Selection of divorce against the husband is one kind of the two judicial separation – cancellation or divorce against the husband – to be judged with at result of separation case is an expansion of judicial proxy for others without his permission nor necessity, because there is an alternative, namely the judge's practicing of his general authority for removal of damage through cancellation of the contract without obligating the sane adult with un-necessary judgments and carrying out what like custodianship against him upon application although he refuses the same.
- As regards the financial right of the marriage contract, jurists have founded a rule of linking the penalty with that who caused thereof, where they obligated the latter who caused separation the results either the dowry or alimony, which is a just rule that may be drawn up in a general framework upon Standardization and measuring the judgments thereon.
- Consideration of damage was observed in majority of separation cases by the jurists. Damage is meant here as general seen one in religious aspect. I see for

these cases that damage, which is a cause of separation, may be divided as follows:

١- Damages judged by the law to be damages as they violated the general religious system. They are linked with the fact that the woman is a possible place for the contract. Judgment of the religious laws to the contrary necessitate occurrence of general and special damage through continuation of existence of the marriage contract with this reason.

٢- Damages relating to one of the marriage targets, namely ammunition of both couples for each other. Should this target be really demolished and it would not be realized in fact, the damage resulted should be observed through allowing separation, so as it would be possible for the injured to remove the damage from himself through another marriage as abandonment, absence, the illness preventing sexual intercourse and imprisonment.

٣- Psychiatric and moral damages represented in introducing moral damage by a couple to the other through misconduct or fraud by the conditioned descriptions and violating the conditions agreed upon in the contract or through existence of congenital or repulsive defects along with dissension and followed effect over children education.

٤- Financial damages caused by a couple such as body violence and hitting etc.

٥- Financial damages relating to the wife as she is the owner of the financial right of the marriage contract and arising financial rights such as insolvency for paying prompt dowry or abstaining from alimony.

٦- Damages, effects of which are attributed to the mother family from which the wife originated, which may be material or moral through affinity such as inefficiency, existence of defeats or less nomination dowry of the alike woman.